UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LA

JURISPRUDENCE FRANÇAISE

SUR LE

Divorce des Etrangers

SOUMIS A DES LOIS CONFESSIONNELLES

THÈSE POUR LE DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de Dijon
le Samedi 6 Mai 1916, à 5 heures du soir

PAR

MAURICE SOÏFER

Président : M. GAUDEMET, *professeur*

Suffragants { MM. HUGUENEY, *professeur*
MARC DESSERTEAUX, *chargé de cours*

PARIS
JOUVE & Cie, ÉDITEURS
15, RUE RACINE, VIe

1916

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535704_0011

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LA

JURISPRUDENCE FRANÇAISE

SUR LE

Divorce des Etrangers

SOUMIS A DES LOIS CONFESSIONNELLES

THÈSE POUR LE DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de Dijon
le Samedi 6 Mai 1916, à 5 heures du soir

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

PAR

MAURICE SOÏFER

Président : M. GAUDEMET, *professeur*

Suffragants { MM. HUGUENEY, *professeur*
Marc DESSERTEAUX, *chargé de cours*

PARIS
JOUVE & Cie, ÉDITEURS
15, RUE RACINE, VIe

1916

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

sur le Divorce des Étrangers

SOUMIS A DES LOIS CONFESSIONNELLES

PRÉFACE

La question que nous traitons ici n'est pas simplement une controverse doctrinale, elle présente un réel intérêt pratique.

Au cours de ces quinze dernières années, les tribunaux français eurent assez souvent à statuer sur des demandes en divorce entre étrangers, notamment de nationalité russe. Au début ces demandes étaient accueillies favorablement et nos juges n'hésitaient pas à se déclarer compétents, admettant ainsi les Russes à divorcer en France dans les mêmes conditions et formes que les Français.

Mais depuis 1902, à l'occasion d'une affaire qui fit quelque bruit, une jurisprudence contraire s'est produite et consolidée ; le divorce des Russes établis en France est devenu pratiquement impossible.

Comme, en fait, cette jurisprudence fut appliquée

presque exclusivement à des Israélites russes, on put croire qu'elle ne s'appliquait qu'à ceux-ci : c'était une impression erronée. Si les plaideurs étaient généralement des Israélites de nationalité russe, cela s'explique par le fait que, depuis quelque temps, beaucoup d'entre eux ont quitté leur pays, sans esprit de retour, et sont venus se fixer en France.

Mais la nouvelle jurisprudence eut d'autres applications, notamment dans les procès concernant des sujets grecs et des Russes orthodoxes, et c'est très logique. Si on étudie de près les décisions de jurisprudence, entre autres les arrêts de la Cour de Paris, du 17 mars 1902 et de la Cour suprême du 29 mai 1905, qui en sont les documents fondamentaux, on constate qu'ils sont rédigés en des termes généraux et formulent, pour ainsi dire, une théorie de principe. Il faut donc conclure qu'elle s'appliquerait aussi bien à des espèces différentes de celles que nous venons d'indiquer.

Quoi qu'il en soit, par ses conséquences immédiates, cette jurisprudence lèse gravement les ressortissants de l'empire russe. L'alliance franco-russe ayant resserré les liens entre les deux nations, nombreux sont les Russes établis en France et les mariages deviennent tous les jours plus fréquents entre Français et Russes. De là résultent deux cas qui se rencontrent souvent.

Les deux législations s'accordent à dire que la femme suit la nationalité de son mari : une Française qui épouse un Russe devient Russe. La discorde se glisse

dans le ménage, la femme demande le divorce, le tribunal lui dit : « Votre divorce n'est pas de mon ressort... vous êtes devenue Russe par votre mariage, en conséquence votre divorce ne peut être prononcé que par un ministre religieux... Les tribunaux français n'ont pas qualité pour connaître de ce qui est du ressort confessionnel... Nous ne pouvons rien pour vous. . allez en Russie et faites valoir vos droits ». « Vous m'avez mariée cependant, sans vous occuper ce jour-là de ma nationalité ; faites de même pour prononcer mon divorce ». « Non, votre mariage a été célébré par l'officier de l'état civil français en vertu de la règle *locus regit actum*, et nous n'avions pas à rechercher si vous aviez satisfait ou non aux prescriptions confessionnelles, car notre législation n'admet pas les ministres du culte à s'immiscer dans le domaine judiciaire. D'ailleurs, à quoi bon ? Votre divorce civil n'aurait aucune valeur aux yeux de la loi russe et vous êtes sujette du Tsar, ne l'oubliez pas » !

Voilà donc une femme, une Française, obligée, pour se séparer de son conjoint, d'aller dans un pays lointain se soumettre à une législation ignorée d'elle.

En Russie, de nouvelles difficultés surgiront devant elle : « Nous ne pouvons pas prononcer votre divorce avec un défendeur défaillant » lui répondront les juges russes, ou bien : « Votre demande ne rentre pas dans les cas limitatifs du divorce en Russie ».

En un mot, cette jurisprudence ne tend, ni plus ni

moins, qu'à l'abolition du divorce, et cependant les conjoints sont ressortissants de pays admettant le divorce.

Envisageons une autre hypothèse : deux époux russes résidant en France vont divorcer en Russie ; le mari, qui a vu son union dissoute légalement, se remarie devant un officier d'état civil français... Au bout de quelques années son ex-conjointe demande et obtient l'annulation du second mariage, sous prétexte que la dissolution du premier est sans valeur juridique aux yeux de la loi française...

On peut dégager de ces faits un conseil pratique de nature à intéresser les femmes : si vous avez le malheur de contracter mariage avec un Russe divorcé, vous êtes exposée à ce qu'un jour le tribunal vienne vous dire : « Votre mariage est nul et de nul effet pour cause de bigamie ». Toute une vie de labeur, d'affection et d'honneur pourra ainsi s'écrouler et vous aurez encore de la chance si vous échappez à la Cour d'assises.

Certes, il y a ici quelque chose d'irrationnel, il y a là une iniquité à laquelle nos législateurs auraient le devoir de remédier si la jurisprudence dont il s'agit avait une base légale ; car il est impossible que dans la libre France toute une catégorie d'étrangers soit mise hors la loi.

Cette jurisprudence a été vivement critiquée déjà : des auteurs considérables ont examiné la question sous toutes ses formes ; ils ont combattu ses arrêts, au double

point de vue des principes généraux et des conséquences pratiques. Les opinions qu'ils ont émises ne sont pas, il s'en faut, concordantes; mais toutes tendent à tempérer, sinon à modifier radicalement ce système juridique.

D'autre part, les avocats généraux, tous les substituts, qui ont donné leur avis dans les procès dont nous nous occupons, ont invariablement conclu dans un sens contraire à ce système; ce fait est remarquable et significatif.

Malgré tout, cette étrange théorie a été maintenue par nos cours ; il en résulte que certains étrangers établis en France n'osent plus présenter à nos tribunaux des demandes de divorce. En 1914, la Cour d'appel de Paris eut encore l'occasion d'appliquer son système à des époux russes orthodoxes, mais en ce qui concerne les Israélites russes, la dernière demande de cette nature, à notre connaissance, s'est produite en 1908.

La critique doctrinale de cette jurisprudence obstinée s'étant découragée, il nous a semblé opportun de grouper les arguments qui militent en faveur d'une modification si désirable de l'attitude fâcheuse et rétrograde de nos cours de justice.

Chacun peut avoir philosophiquement son opinion sur le divorce.

Le juriste n'a qu'à voir le fait légal : le divorce est admis en France, il doit donc être accordé à ceux qui pensent y trouver le seul remède à des situations intolérables; il est inadmissible qu'on le refuse d'avance à

toute une catégorie d'étrangers, ressortissants de pays admettant le divorce et réclamant à notre démocratie la protection de ses lois.

Nous allons donc essayer de démontrer que la jurisprudence actuelle est erronée ; nous espérons qu'elle pourra revenir aux vrais principes de droit sans l'intervention des législateurs.

Dans la première partie de notre travail nous donnons un résumé de l'état de la jurisprudence en ce qui concerne le divorce des étrangers en France en général, ainsi qu'une revue des décisions judiciaires qui ont établi ce nouveau système.

Notre deuxième partie est consacrée d'abord à la critique des arguments motivant ces regrettables décisions ; puis à l'examen de quelques particularités des espèces jugées par les tribunaux français.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Le système de droit international privé qui régit le divorce des étrangers en France en général

I. Législation

Le législateur n'a pas réglé le divorce des étrangers en France. Lors de la discussion de la loi du 18 avril 1886 sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps, M. Bozerian avait proposé au Sénat d'adopter un texte qui permettrait aux étrangers domiciliés de fait en France, de s'adresser aux tribunaux français pour faire prononcer le divorce quand il est autorisé par les lois de leur pays (1). Cet amendement fut rejeté comme n'étant pas à sa place dans une loi de pure procédure; d'autre part, on fit valoir que la com-

1. *J. C.*, 1890, 772.

mission extraparlementaire, instituée en 1883 au ministère de la Justice pour étudier les réformes qui pouvaient être apportées aux titres I à XXV du livre II et au titre XVI du livre V du Code de procédure civile, avait adopté une disposition générale, laissant la faculté aux étrangers d'assigner devant les tribunaux français un Français ou un étranger dans les mêmes conditions que les Français eux-mêmes, sauf application de l'article 16 du Code civil, relatif à la caution *judicatum solvi*.

On sait que cette réforme n'a pas encore abouti et que, contrairement à un grand nombre de législations étrangères, la loi française n'a pas encore assimilé les étrangers aux nationaux, au point de vue de la compétence des tribunaux (1).

Cependant, les travaux préparatoires nous fournissent la preuve que le législateur français tend à cette assimilation. L'exposé des motifs du projet de réforme, présenté au Parlement en 1890, s'exprime ainsi :

« Le second grief invoqué contre notre droit actuel est relatif aux contestations qui intéressent les étran-

---

1. Les tribunaux d'Algérie sont, dans l'opinion de M. Audinet, compétents pour les procès entre étrangers, en vertu des ordonnances du 10 août 1834 (art. 27) et du 22 octobre 1842 (art. 33). (*Revue d'Algérie et de Tunisie de législation et jurisprudence*, 1887, I, 23 suiv.). Mais les tribunaux algériens, s'autorisant des mots *affaires civiles*, que contient l'ordonnance de 1840 et des décrets du 31 décembre 1859 (art. 1 et 17) et du 13 décembre 1866 (art 1 et 4) se déclarent incompétents pour trancher une question d'état entre étrangers, si ceux-ci ne sont pas d'accord pour leur attribuer juridiction ou s'il existe à l'étranger un tribunal ayant qualité pour statuer sur le litige.

gers ; il porte moins sur la législation que sur la jurisprudence. Le Code ne parle pas des procès que les étrangers peuvent avoir entre eux. Dans ce silence de la loi, il est généralement décidé que les tribunaux français sont incompétents pour connaître des contestations entre étrangers. Les parties peuvent soulever une exception d'incompétence, et si elles acceptent les débats, le tribunal peut, à son gré, retenir l'affaire ou se déclarer incompétent ». Et il continue ainsi : « Un tel système a les plus fâcheuses conséquences. S'il s'agit d'étrangers domiciliés en France, c'est leur imposer des frais considérables que de les obliger à aller plaider dans leur pays. S'ils sont domiciliés depuis longtemps, il arrive qu'ils ont perdu toute attache avec leur pays d'origine et que leurs tribunaux nationaux se déclarent par suite incompétents. Enfin, s'il s'agit d'étrangers de nationalité différente, existera-t-il un tribunal qui ait compétence ?

« *Dans un pays qui a toujours attiré, en raison même de ses institutions libérales, un grand nombre d'étrangers, le droit d'obtenir justice ne peut être réservé aux seuls nationaux ;* aussi l'article 10 du projet dispose-t-il que les tribunaux français pourront être saisis de contestations entre étrangers comme s'il s'agissait de contestations entre Français. Il est seulement fait réserve de l'application de l'article 16 du Code civil » (1).

---

1. *J. C.* 1893, 331.

Ledit article 10 (chap. des ajournements) était conçu en ces termes : « L'étranger peut, dans les mêmes conditions que les Français, sauf application de l'article 16 du Code civil, assigner devant les tribunaux français un Français ou un étranger ».

Ainsi donc, le projet assimilait complètement les étrangers aux nationaux. Plus d'exception d'extranéité, du moment que le défendeur aura son domicile ou sa résidence en France. En toutes matières, le juge du domicile sera tenu de juger ; que le débat s'agite, soit entre nationaux et étrangers, soit entre étrangers. *Aucune distinction n'est faite relativement aux constestations qui touchent « à l'état et à la capacité »*. Sous ce rapport, les étrangers sont assimilés aux Français ; compétence obligatoire est donnée aux juges du domicile pour statuer sur l'état ou la capacité d'un étranger (1).

Le projet de loi s'est séparé, sur ce point, des résolutions de l'Institut de droit international de 1875. Le projet attribue la connaissance des procès de cette nature, comme de toutes autres contestations, *au juge du domicile*, tandis que l'Institut proposait de les réserver au juge dont la loi régit le statut personnel des parties, c'est-à-dire, le plus généralement, *au juge national* du défendeur.

D'ailleurs, le projet de réforme du Code de procédure

---

1. Vincent, *De la comp. des trib. franç. à l'égard des étrang.* (*Rev. pr. de dr. int. pr.*, 1890-1891, p. 66 et s.).

civile n'excluait pas complètement la compétence du juge national ; mais la compétence du juge du domicile devait être obligatoire pour le défendeur en ce sens qu'il ne pourrait la décliner ; la faculté d'être jugé par le tribunal du domicile ou par le juge national n'est laissée qu'au choix du demandeur.

Bien que ce projet n'ait pas encore abouti, il n'en a pas moins son importance à titre d'indication ; il permet de prévoir, dans quel sens sera résolue un jour la question de la compétence des tribunaux français dans la matière qui nous intéresse.

Nous y voyons une raison de plus pour regretter que la jurisprudence, au lieu de s'orienter, d'ores et déjà et définitivement, dans cette direction, ait cru devoir élever devant une très nombreuse catégorie d'étrangers, dans une matière particulièrement importante, une nouvelle *fin de non-recevoir*.

II. — Doctrine

D'éminents juristes en France ont, depuis longtemps, proclamé le principe de la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers. La jurisprudence ne les a suivis que lentement, en opérant par voie d'admission successive de nombreuses exceptions ; mais jamais elle n'a voulu admettre franchement le principe même de la compétence, dominée qu'elle est par la tradition du passé.

Est-il possible, écrivait M. Glasson, d'admettre sérieusement, dans un État civilisé, l'existence de personnes qui n'auraient pas le droit de s'adresser à la justice du pays ? Ce serait les mettre hors la loi. Personne n'a jamais soutenu que telle soit aujourd'hui la condition des étrangers en France. Dès que ceux-ci mettent le pied sur notre territoire, ils sont soumis à nos lois (sauf en ce qui concerne leur statut personnel) et sont aussi protégés par elles. *Mais cette protection ne deviendrait qu'un vain mot si elle ne consistait pas précisément dans le droit de s'adresser à la justice du pays* (1).

Pour M. Glasson, un domicile de fait ou même, dans certains cas, une résidence de l'étranger défendeur doit suffire pour attribuer compétence aux tribunaux français. Il étendait sa doctrine, toujours sous cette condition de domicile ou de résidence, *aux questions d'état entre étrangers*. Et il ajoutait qu'un étranger domicilié ou résidant en France peut avoir un bien plus grand intérêt à y plaider qu'à se laisser traduire devant les tribunaux de son pays.

M. Gerbaut solutionnait avec la même sérénité la question de savoir si les tribunaux français sont compétents pour statuer sur une contestation relative à l'état

---

1. Glasson, *Compétence des trib. franç. entre étrang.* (*J. C.*, 1881, p. 111). Dans le même sens : note de M. Pillet sous Paris, 18 mai 1892. S. 1892. 2. 233. — Voir aussi Glasson, *Divers aspects de la cond. civ. des étrang. en France* (*J. C.*, 1907. 602),

des étrangers. « A un point de vue général, et pour toutes les questions d'état nous croyons qu'on doit déterminer la compétence seulement d'après *le domicile de l'étranger*, sauf à appliquer au fond les lois de la nation à laquelle il appartient. Juridiquement, cette solution résulte pour nous de ces deux règles, à savoir : que les tribunaux français, étant en principe compétents à l'égard des étrangers, ceux-ci se trouvent soumis à la juridiction du tribunal dans le ressort duquel ils ont leur domicile et, d'autre part, que les procès relatifs à l'état des personnes doivent, au point de vue des règles de compétence, être assimilés aux actions personnelles et mobilières et régis par la maxime *actor sequitur forum rei*. Si l'on refuse de suivre ici cette règle fondamentale, à quel tribunal attribuera-t-on compétence pour statuer sur de telles questions ? Dans notre système, le domicile constitue le principe certain pour déterminer la compétence ; il n'y en a plus d'autre, si on refuse d'admettre celui-là. » (1)

Plusieurs auteurs ont protesté avec énergie contre les véritables dénis de justice que le système de la jurisprudence autorise contre des étrangers qui sont domiciliés de fait ou résident en France depuis un temps plus ou moins long. Que des étrangers soumettent une contestation à nos tribunaux, et ceux-ci auront le droit de

---

1. Gerbaut, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers en matière civile et commerciale*, n° 392. — Voir aussi n° 388 ss.

les renvoyer devant les juridictions de leur pays, c'est-à-dire peut-être à plusieurs milliers de lieues, et il n'est pas impossible, dans certains cas, qu'ils n'aient conservé aucune relation dans leur pays d'origine.

M. Despagnet fait la même observation. « C'est surtout dans les questions d'état, dit-il, que la jurisprudence française se déclarait incompétente, par cette mauvaise raison que ces questions doivent être tranchées par l'application de la loi étrangère ignorée des juges français. Or, c'est *surtout dans les questions de ce genre qu'on en arrive à des dénis de justice particulièrement regrettables*. En voici un exemple célèbre : une Française, mariée à un Polonais, demande la séparation de corps ; on ne lui accorde que la faculté de quitter le domicile conjugal, en la renvoyant, pour la prononciation de la séparation, devant les tribunaux russes. Or, le mari, réfugié politique, était mort civilement en Russie et incapable d'ester en justice ; la séparation de corps devenait donc impossible » (1).

Mais le danger d'aboutir à des dénis de justice n'est pas la seule objection qu'on puisse faire au système d'incompétence. Dans bien des cas, le renvoi devant les juges nationaux est loin de présenter un avantage. Dans toutes les contestations où la connaissance et l'appréciation des faits jouent un rôle important, comme ces

---

1. Despagnet, *Précis de droit international privé*, 5e éd., 1909, p. 575. Voir la discussion du principe *ibidem*. Pour la jurisprudence citée, voir Cass. 16 mai 1849. S. 1849. 1. 478.

faits se sont passés, en général, au lieu où les parties ont leur domicile, ils ne peuvent être bien connus que du tribunal le plus rapproché de ce domicile. Comme exemple des procès où cet inconvénient se présentera le plus souvent, on peut citer précisément les *demandes en séparation de corps et en divorce*.

Au surplus, dans toutes les contestations l'obligation de saisir le juge du pays d'origine, qui peut être fort éloigné, nécessitera des frais très élevés qui mettront souvent l'étranger dans l'impossibilité de faire valoir ses droits en justice.

« Sans doute, observe avec raison M. Gentet, il serait désirable que, l'état d'une personne étant soumis à une législation déterminée, toutes les questions qui dérivent du ce même état soient soumises à une seule et même compétence législative et judiciaire. Mais les partisans de ce système font complètement abstraction des nécessités de notre époque ; ils oublient que la facilité apportée dans les transports augmente tous les jours les migrations des populations, aboutit de plus en plus à un enchevêtrement inextricable des nationalités et influe tous les jours davantage sur les contestations judiciaires, par la quantité d'étrangers qui y sont intéressés (1).

A quelque point de vue qu'on se place, il est impossible de justifier le principe de l'incompétence dont la jurisprudence subit encore, dans une trop forte mesure,

---

1. Gentet, *Dr. int. pr. Etude sur les questions d'état et de capacité*, Genève, 1883, p. 40.

l'influence. Ce principe a vécu, et il est temps de le reléguer dans le domaine des idées du passé. Les idées et les nécessités modernes tendent, de plus en plus, à imposer la compétence du juge du domicile, au détriment de celle du juge national ; car ce principe donne une bien plus large satisfaction aux exigences sociales et internationales de notre époque. Le véritable progrès est dans ce sens (1).

Nous nous bornons à parler de la question de compétence, cette question étant la seule sur laquelle il y ait divergence entre la doctrine et la jurisprudence. On est d'accord, en effet, sur les autres questions, à savoir : 1° que les règles de compétence et les formes de procédure applicables aux litiges intéressant l'état des étrangers sont celles déterminées par la loi française ; et 2° que la recevabilité de la demande est subordonnée,au contraire, aux dispositions de la loi nationale des parties, sous la réserve de l'ordre public français (2).

---

1. V. outre les autorités citées au texte : Foelix et Démangeat, *Dr' int. pr.* 4e éd., t. I, n° 126, p. 277. — Asser et Rivier, p. 148 et suiv. — Bonfils, *De la comp. des tr. fr. à l'égard des étr.*, n° 198. — Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, n° 57. — Audinet, *Principes élém.de dr. int. pr.*, n° 450. — de Folleville, *Recueil du divorce*, p. 175 — Surville et Arthuys, 4e éd., n° 414, p. 107. — Weis, *Traité de dr. int. pr.*. éd. 1907, t. V, p. 46. — Durand, *Essai de dr. int. pr.*, p. 434, ss. — Pic, *Mar.et divorce en dr. int. pr. et en législ comp.*, p. 251, ss. — Centner, *Le div. et sép. de corps en dr. int. pr.*, p. 109-110. — Chavegrin J.-C., 1885. 154.

2. En sens contraire ; Demangeat sur Foelix, t. I, p. 331, note *in fine*. — Alauzet, *De la qualité de Français*, 2e éd. p. 180, ss.

III — Jurisprudence.

Le système adopté en matière de divorce entre étrangers par la jurisprudence n'est qu'une des faces du système général adopté par elle à l'égard des contestations entre étrangers, notamment dans les questions d'état. C'est le système de l'incompétence qu'un arrêt relativement récent de la Chambre des requêtes formulait comme suit :

« Attendu que, d'après les principes de droit international privé, tels qu'ils sont admis et appliqués dans la France métropolitaine, les tribunaux français sont incompétents pour statuer sur une question d'état entre étrangers, tout au moins lorsque, comme dans l'espèce, elle est l'objet principal de la demande ; que la sagesse de ces principes, l'utilité et la nécessité de leur application découlent, notamment, et des égards que chaque nation doit aux autres, et de la fréquence des erreurs que les magistrats seraient disposés à commettre dans l'interprétation des lois qu'ils peuvent ne pas connaître, ou ne connaître qu'imparfaitement ; que la jurisprudence n'admet d'exceptions à la règle, en dehors de celles qui résulteraient des traités internationaux, qu'au cas où les parties sont d'accord pour déférer à la juridiction française la connaissance d'un litige de cette nature » (1).

---

1. Cass. Req., 18 juill. 1892. S. 92. 1. 407. — V. aussi :

On ne doit pas prendre à la lettre cet arrêt qui n'est plus vrai que comme une affirmation de la règle générale de l'incompétence. Quant aux exceptions à cette règle, elles sont beaucoup plus nombreuses que l'arrêt cité ne paraît en admettre.

« Après avoir maintes fois proclamé le principe de l'incompétence, dit justement M. Pillet, la jurisprudence en est venue à l'énerver par un nombre si considérable d'exceptions qu'il ne reste presque plus rien de lui que son nom. Les règles de compétence ne sont pas actuellement différentes en matière d'état de ce qu'elles sont en toute autre matière concernant les étrangers » (1).

Nous étudierons successivement : 1° les exceptions applicables à tous les étrangers en général et 2° l'exception résultant des conventions diplomatiques ; nous montrerons ensuite comment étaient traités, avant l'affaire Levinçon, les étrangers soumis à des lois confessionnelles.

§ 1. — *Exceptions applicables à tous les étrangers en général.*

La compétence des tribunaux français ne fait plus de doute en jurisprudence lorsque l'une des parties est

---

Gaz des Trib. des 23 et 24 juillet 1888 (*Rev. de la jurisp. en matière de l'incompétence*).

1. S. 1892. 2. 233, note de M. Pillet.

autorisée à fixer son domicile en France, conformément à l'article 13 du Code civil.

Lorsque l'étranger ne justifie d'aucun domicile à l'étranger, devant le tribunal duquel il puisse faire valoir ses droits, le tribunal français est compétent pour connaître de l'action en divorce formée contre lui, alors surtout que les époux sont depuis plusieurs années établis en France (1).

De même, et malgré l'exception d'incompétence opposée par le mari défendeur, le tribunal est compétent, lorsqu'il est établi que celui-ci, qui était domicilié de fait en France au moment de son mariage contracté devant l'officier de l'état civil, n'avait conservé aucun domicile dans son pays d'origine. Il en est de même d'une demande en nullité de mariage contracté en France.

On a admis que les tribunaux français sont compétents pour connaître des questions de divorce ou de séparation de corps entre étrangers, quand il est justifié qu'ils ont perdu, par le fait de leur séjour en France, toute possibilité de s'adresser utilement aux tribunaux de leur pays. Il en est ainsi, par exemple, lorsque la femme demanderesse est dans l'impossibilité de saisir de sa demande aucun autre tribunal que le tribunal français (2).

La possession d'un véritable domicile en France n'est

---

1. Trib. civ. Seine, 24 mai 1897 (Pand., 1898, V, 28).
2. Cas., 29 juill. 1912 (S. 1913. 1.425).

même pas nécessaire, il suffit que la résidence que les époux étrangers ont en France soit exclusive du retour prochain en pays étranger ou implique renonciation au domicile qu'ils pourraient y avoir (1).

Si le défendeur étranger doit être assigné, sauf les cas prévus par l'article 14 du Code civil, devant le juge de son domicile, cette règle, qui s'applique notamment en matière de divorce, cesse d'être applicable quand le défendeur n'a de domicile nulle part ; il peut alors être assigné devant le juge de sa résidence en France, autrement le demandeur serait dans l'impossibilité d'obtenir justice.

Du reste, l'incompétence des tribunaux français pour statuer sur les contestations entre étrangers, et spécialement sur une demande en divorce entre époux étrangers, n'intéressant pas l'ordre public, les parties peuvent expressément ou tacitement renoncer à l'invoquer.

Le système d'exceptions admis par la jurisprudence récente est bien visible dans un jugement du tribunal civil de Lyon, du 16 novembre 1905, qui statuait sur l'exception d'incompétence soulevée par un époux russe à l'encontre de sa femme, demanderesse en divorce. On y lit :

---

1. Dijon 7 avr. 1887 (S. 88. 2. 93) ; Paris 12 mars, 1891, (D. 92.2. 324) ; P. 28 janv. 1893 et 7 déc., 1894, Lyon, 19 mars, 1894 (S. 95. 2. 298) ; trib. Seine, 3 fév. 1896 et 21 janv. 1897 (J. C. 97.331 et 362).

« Attendu que de Kuncewicz décline la compétence du tribunal parce qu'il est sujet russe, et que sa femme, Française d'origine, est devenue elle même sujette russe. par suite de son mariage ; qu'il s'agit, dit-il, d'une contestation entre étrangers dont un tribunal français ne peut connaître, alors surtout que le litige est relatif à une question d'état ;

« Attendu que l'incompétence dont il s'agit tient seulement à la qualité personnelle, soit à l'extranéité des parties en cause, que dès lors elle n'est que relative et doit être soulevée *in limine litis ;* or, attendu que Kuncewicz a comparu devant le magistrat conciliateur sans soulever le déclinatoire aujourd'hui proposé, que, ce faisant. il a accepté la juridiction du tribunal dont le président était le délégué pour cette première partie de l'instance ;

« Attendu, au surplus, que, dans l'acte du mariage reçu par l'officier de l'état civil de la commune de Nice le 20 février 1904. de Kuncewicz est qualifié domicilié à Paris, rue Castellane, 8, qu'il a été dans l'impossibilité d'établir que depuis cette époque il avait acquis un domicile dans son pays d'origine, de telle façon que la dame Kuncewicz puisse saisir de son action la juridiction russe ; que refuser de connaître du litige, actuellement pendant entre les parties, serait exposer la dame de Kuncewicz à un véritable déni de justice, que, dans ces conditions, le tribunal a le droit et le devoir de rejeter le déclinatoire de Kuncewicz et de se déclarer compé-

tent ; par ces motifs.., dit, qu'il est compétent pour connaître de l'action en divorce introduite par la dame de Kuncewicz » (1).

Observons que le tribunal de Lyon n'a fait aucun état du traité franco-russe du 1er avril 1874, dont l'article 2 justifierait à lui seul la compétence. Les « attendu » du jugement n'en paraissent que plus énergiques. Le deuxième attendu est surtout remarquable ; en effet, pour la majorité des auteurs, comme pour la plupart des arrêts, l'incompétence des tribunaux français à l'égard des litiges en divorce entre étrangers est purement *relative,* de telle sorte que si l'incompétence n'est pas invoquée par le défendeur *in limine litis,* elle se trouve couverte.

Relevons et retenons encore, dans ce même jugement, le noble souci des juges français de ne point commettre un déni de justice ; un arrêt de la Cour de Dijon déjà ancien, puisqu'il date du 7 avril 1887, déclare que « *l'ordre public* exige que tout plaideur puisse trouver des juges et que toute contestation puisse être légalement déférée à une juridiction certaine ».

Les jugements et arrêts conçus dans cet esprit libéral ne se comptent plus ; on aurait même peine à citer des décisions contraires, du moins dans la jurisprudence récente.

En ce qui concerne le fond même de l'instance en divorce entre étrangers, il est également possible de

1. *Le Droit,* 23 fév. 1906.

dégager de la jurisprudence française quelques règles fixes. Notons tout d'abord que les tribunaux statuent sur les mesures urgentes et d'un caractère provisoire que commandent la sécurité et la dignité des époux et qui intéressent l'ordre public. C'est ainsi que, toutes les fois que les époux étrangers se trouvent dans un cas où le Code civil permet la séparation de corps ou le divorce, les tribunaux français peuvent les autoriser à vivre séparés, condamner l'un d'eux à fournir une pension alimentaire à l'autre, prescrire des mesures pour la garde des enfants, etc.,. A cet égard la doctrine et la jurisprudence sont d'accord (1). L'accord existe aussi sur la question de savoir à quelle loi les tribunaux doivent se référer. La jurisprudence française applique à la matière du divorce le principe général, suivant lequel toutes les questions d'état intéressant les étrangers sont régies par la loi nationale de ceux-ci (2). « Considérant — dit un arrêt de la Cour de Paris, — que les étrangers en France sont soumis à leur statut personnel, pour tout ce qui concerne leur état et leur capacité, ce qui oblige les tribunaux français saisis de ces questions, *et d'une instance en divorce par exemple*, à faire application aux parties de leur loi nationale, quand elle ne porte atteinte

---

1. Trib. Seine, 14 fév. 1898 (Pand., 1899, V, 37); P. 12 juin 1907 (*J.-C.*, 1908, 148).

2. Cass. req., 12 fév. 1895 (J. C. 95. 834) V, 22). — Trib. Seine, 21 mai 1897 (Pand., 1898, V, 18). — Trib. Nice, 9 déc. 1896 (J. C. 97. 333). — Trib. Bayonne, 14 juin 1898 (*ibid.*, 99. 127).

ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs » (1)...Ce considérant est, d'ailleurs, conforme à l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 30 octobre 1905 qui disait notamment : « Attendu que lorsque les étrangers portent devant les tribunaux français une action concernant leur état, le litige ne peut être apprécié que d'après les dispositions de leur loi nationale ; que cette *règle s'applique, notamment, aux instances en divorce* qui intéressent essentiellement l'état des personnes... (2)

Dans ce système, il n'y a pas à rechercher si les époux ont été autorisés ou non à établir leur domicile en France conformément à l'article 13 du Code civil (3), cet article n'ayant pas pour effet d'assimiler entièrement l'étranger aux Français et ne s'opposant pas à ce que les droits civils dont la jouissance est accordée à l'étranger, soient appréciés d'après la loi française, lorsqu'il s'agit de ces questions d'état ou de capacité ; les dispositions qui réglementent le divorce rentrent dans cette catégorie. De même, dans l'appréciation des causes du divorce, on ne doit s'attacher qu'à celles qui sont reconnues par la loi nationale, sauf aux tribunaux, pour apprécier ces causes, à s'éclairer à l'aide d'une enquête.

Le développement logique de ce système conduit à dire qu'un étranger dont la loi n'admet pas le divorce,

---

1. Cour de Paris, 21 juin 1910 (S. 1912.1.132).
2. *D. P.* 1906.1.305.
3. Trib. Vesoul, 15 déc. 1896 (J. C. 97. 335). — Trib. Pau, 16 janv. 1897 (*ibid.*, 97.535).

ne pourra pas le solliciter dans un pays qui le reconnaît ; toute la jurisprudence postérieure au rétablissement du divorce est strictement conforme à la théorie du statut personnel, suivant laquelle la question d'admissibilité du divorce doit être tranchée par la loi nationale des époux. C'est ce qui a été décidé, notamment, à à l'égard d'époux autrichiens catholiques, d'époux portugais dont la loi reconnaît la séparation de corps, mais non le divorce, d'époux espagnols encore que la femme, Française d'origine, ne fût devenue Espagnole que par le fait de son mariage, d'époux italiens, etc...

§ 2. — *Exceptions résultant des conventions diplomatiques*

L'arrêt de la Chambre des Requêtes que nous avons cité plus haut (voir p. 21), admet, on l'a vu, qu'une exception à la règle de l'incompétence peut résulter des traités internationaux. Tel était bien, avant l'affaire Levinçon, l'état de la jurisprudence sur cette question spéciale, et tous les recueils sont unanimes à le constater. La clause du libre et facile accès, qui se rencontre dans différents traités, doit permettre aux étrangers, suivant la jurisprudence, de porter *même les contestations d'état* devant les tribunaux français, sans que ceux-ci puissent s'en dessaisir.

Le bénéfice de cette clause étant refusé, depuis 1902, aux étrangers, soumis dans leur pays à des lois confes-

sionnelles en ce qui concerne les questions de mariage et de divorce, il nous paraît utile de rappeler quelques décisions antérieures à cette date.

Les traités, conventions consulaires ou traités de commerce, qui renferment ce qu'on nomme la clause du libre accès, c'est-à-dire qui stipulent que les Français à l'étranger et, réciproquement, les étrangers en France « auront un libre et facile accès auprès des tribunaux de justice, tant pour réclamer que pour défendre leurs droits à tous les degrés de juridiction, et jouiront, sous ce rapport, des mêmes droits et avantages accordés ou qui seront accordés aux nationaux, » sont nombreux. Citons, en particulier, ceux qui ont été conclus avec le Portugal (27 déc. 1853) ; l'Espagne (conv. cons. du 7 janvier 1862 et traité de comm. et navig. du 6 fév. 1882) ; la Russie, 1er avril 1874 ; la Serbie (18 juin 1883) ; la Grèce ; la Rép. Sud-Africaine (10 juillet 1885) ; avec toutes les républiques sud-américaines.

Nous examinerons quelques-unes des décisions judiciaires qui interprètent la clause « du libre accès » contenue dans ces traités.

C'est en 1881 que, en matière de questions d'état, cette clause à été invoquée pour la première fois devant les tribunaux français. Il s'agissait d'un procès en nullité de mariage engagé entre deux époux espagnols. Pour repousser l'exception d'incompétence opposée par son mari, la demanderesse soutenait que, par application de l'article 2 de la Convention consulaire franco-

espagnole du 7 janvier 1862 (1), le tribunal devait retenir l'affaire. Mais la première chambre du tribunal de la Seine a, au contraire, accueilli l'exception d'incompétence, par la raison que cette convention « s'est placée exclusivement au point de vue *des intérêts matériels* » (2).

Dans une autre espèce concernant également des Espagnols, la cinquième chambre du tribunal de la Seine, statuant sur une demande en nullité de mariage, a décidé, en se bornant d'ailleurs à l'affirmer, que « la convention du 7 janvier 1862 est relative aux débats entre Français et Espagnols, *mais non entre deux Espagnols* (3).

« Si cette jurisprudence du tribunal de la Seine avait triomphé, observe avec infiniment de raison M. Vincent, la convention franco-espagnole — nous pouvons dire toute convention contenant la clause du libre accès, — ne serait susceptible d'aucune application, au point de vue de la compétence, dans les débats entre les étrangers » (4).

Cette fantaisiste interprétation des traités a été, d'ailleurs, bientôt réfutée par les cours provinciales, notam-

---

1. Cet article a été reproduit textuellement dans l'article 3 du traité de commerce et de navigation franco-espagnol du 6 février 1882.

2. Trib. Seine, 27 décembre 1881 (*J. C.*, 1882.309).

3. Trib. Seine, 29 avril 1882 (*Le Droit*. du 14 septembre 1882 et *J. C.*, 1883.168).

4. Vincent, *le Droit*, du 17 décembre 1887, p. 1193 et *Les Étrangers devant les tribunaux français*, p. 1888.

ment par l'arrêt de Caen du 16 décembre 1884, confirmé par un arrêt de la chambre des requêtes du 3 juin 1885. Il s'agissait encore de deux Espagnols, qui plaidaient en séparation de corps. L'arrêt de la Cour de Caen mit parfaitement en relief la véritable portée de la clause du libre accès en disant notamment : « Attendu que les époux Corchon... jouissent l'un et l'autre, en vertu de l'article 2 du traité sus-énoncé, des mêmes droits que les nationaux, tant pour réclamer que pour défendre devant les tribunaux français ;... *qu'il n'y a pas de distinction ou d'exception à faire pour les demandes en séparation de corps qu'aucune disposition de loi n'excepte de la compétence attribuée aux tribunaux français* » (1)...

La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt; il résulte de cette jurisprudence que les étrangers, auxquels les traités accordent libre accès auprès des tribunaux français, peuvent plaider en France lorsqu'en fait ils y sont domiciliés ; la règle de droit commun leur est applicable sans qu'on puisse leur opposer leur extranéité, même dans les procès intéressant leur état. La compétence est même, dans ce cas, obligatoire (2).

L'arrêt de la Cour de cassation avait été précédé, dans cette affaire, d'un intéressant rapport de M. le conseiller Féraud-Giraud que nous sommes d'autant plus heureux de citer que l'auteur est, en principe, partisan du système de l'incompétence des tribunaux français à

---

1. S. 1885.1.417. — *J. C.* 1885.544.
2. Cass., 3 juin 1885, *loc. cit.*

l'égard des étrangers. Voici quelques extraits de son rapport :

« Les traités régulièrement conclus sont des lois pour les tribunaux français, et nous indiquerons bientôt comment il serait inutile de justifier cette proposition dans la circonstance, puisque le traité applicable est non seulement un acte public de gouvernement à gouvernement, mais une véritable loi par la suite de la sanction qu'il a reçue du Pouvoir législatif (1). Donc, s'il existe un traité entre la France et l'Espagne, nous devrons en assurer les dispositions, quelques dérogations qu'elles apportent aux règles générales et de droit commun applicables d'après notre droit intérieur, *et s'il y a lieu d'interpréter ce traité il faudrait même l'entendre comme contenant des dérogations à ce droit commun ; car, dans le cas contraire, en quoi aurait-il été nécessaire de le conclure ?* Il faudra l'interpréter dans un sens assez large, comme facilitant les relations internationales, comme assurant sur le territoire français, de la manière la plus complète, l'administration de la justice aux étrangers. »

Et encore :

« Ce traité, dira-t-on, est un traité de commerce et de navigation, ce qui en précise le caractère et en spécia-

---

1. On doit en dire autant du traité franco-russe du 1er avril 1874, dont le projet de loi avait été présenté à la Chambre le 15 mai 1874, à la suite du rapport de M. Adrien Bonnet (séance du 10 juin); le projet de loi a été adopté sans discussion dans la séance du 17 juin 1874.

lise l'application. Oui, c'est un traité de commerce et de navigation accompagné d'un tarif douanier et renfermant beaucoup de dispositions relatives au fait de commerce. Mais ces accords commerciaux ont généralement pour corrélatifs et comme conditions des stipulations d'un tout autre caractère, et dans ce traité de commerce nous retrouvons des dispositions aussi étrangères au commerce que nous en trouvions dans le traité consulaire en 1862 d'étrangères aux consulats. »

Et terminons sur cet emprunt :

« Nous n'avons pas à dissimuler que l'exercice des droits civils en France par un étranger qui conserve sa nationalité et ses lois personnelles concernant son état civil, présentera parfois des difficultés, *mais qu'importe, si elles sont la conséquence d'un traité que nous devons respecter.*

« Lorsque ces difficultés se présenteront, les tribunaux auront à les apprécier et à les résoudre. » (1)

L'arrêt du 3 juin 1885 a définitivement fixé dans cet esprit de large interprétation la jurisprudence, du moins en ce qui concerne les Espagnols (2). Mentionnons encore

---

1. *D. P.* 1885. 1.410.

2. Cette interprétation se trouve indirectement soulignée dans un jugement du tribunal de la Seine concernant des époux suisses, dans l'attendu suivant : « Attendu que la convention de 1869 entre la France et la Suisse, au lieu d'accorder, comme certaines conventions, *notamment celle avec l'Espagne,* d'une façon générale, le libre accès devant les tribunaux des puissances contractantes pour *toutes les matières,* soit en demandant, soit en défendant, spécifie au contraire », etc. (Trib. Seine, 10 mars 1888 (*le Droit* du 19 avril 1888). — Voir autres décisions concernant les Espagnols. — Trib. de Bar-sur-Aube, 29 déc. 1888 (*Gaz. trib.* du 1er mars 1889

l'arrêt de la Cour d'Alger du 7 mars 1898. Ayant à statuer sur une exception tirée de ce fait qu'en Espagne seul le tribunal ecclésiastique est compétent pour connaître d'une demande en séparation de corps, la Cour n'a pas admis cette exception, parce qu'elle pensait qu'en vertu de l'article 3 de la convention du 6 février 1882, les Espagnols en France étaient soumis, *pour toutes leurs contestations*, à l'autorité des juridictions françaises. « Autrement, a-t-elle dit, le droit reconnu aux étrangers, par certains traités diplomatiques, de soumettre aux tribunaux français des contestations qu'ils ont ensemble, deviendrait absolument illusoire » (1).

Notons que l'article 2 de la convention consulaire franco-espagnole contient, outre la clause du libre accès, un alinéa ainsi conçu : « Les Français en Espagne et les Espagnols en France jouiront réciproquement d'une constante et complète protection pour leurs personnes et leurs propriétés et auront les mêmes droits, — excepté les droits politiques —et les mêmes privilèges qui sont ou seront accordés aux nationaux, à la condition toutefois de se soumettre aux lois du pays ». Pareil alinéa ne se

---

et *le Droit* du 8 mars). — Trib. de la Seine, 10 août 1889 (*le Droit* du 1er septembre 1889.— *J. C.*, 89. 811) ; ce jugement constate que les termes de l'article 3 de la convention du 6 juin 1862 sont « aussi étendus que possible et qu'ils s'appliquent, ainsi que cela a été reconnu par l'arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1885, *aussi bien en matière de séparation de corps qu'en toute autre matière* » ; Alger, 13 janv. 1892, S. 92. 2. 152. — Alger, 27 janv. 1892. J. C. 92. 662.

1. *J. C.*, 1898, p. 1102.

trouve pas dans d'autres documents diplomatiques. Mais il serait erroné d'en conclure qu'une situation exceptionnelle a été faite aux Espagnols, au point de vue de la compétence à leur égard des tribunaux français.

Statuant, le 6 décembre 1887, *entre Portugais*, le tribunal de la Seine a adopté l'interprétation de l'arrêt du 3 juin 1885 précité, bien que le traité franco-portugais du 9 mars 1853 ne contienne pas de disposition générale de ce genre ; ce traité accorde simplement aux Portugais le libre et facile accès auprès des tribunaux. Il s'agissait en cette espèce d'une demande en divorce formée par la femme ; l'affaire se compliquait par le fait que la nationalité du mari était incertaine. Le défendeur opposa l'incompétence du tribunal, en excipant de son extranéité et de ce que « la loi portugaise n'admettant pas le divorce, les juges français ne pourraient en aucun cas lui faire à lui même et à sa femme l'application d'une loi contraire à leur statut personnel. » Le tribunal, en invoquant le traité du 9 mars 1853, statua en ces termes : « Attendu que le traité précité *n'ayant fait aucune réserve en ce qui concerne l'étendue de la juridiction attribuée aux tribunaux français* à l'égard des Portugais, ces tribunaux ont compétence pour connaître des questions d'état et de statut personnel... Se déclare compétent » (1).

Dans un second jugement, du 12 juin 1888, le même tribunal a, d'ailleurs, reconnu l'inadmissibilité de la

---

1. *Le Droit*, du 17 décembre 1887. — *Gaz du Palais*, du 7 décembre 1887.

demande en divorce et n'a accueilli que la demande subsidiaire de la séparation de corps (1).

En ce qui concerne *les Russes*, les tribunaux français ont également cherché plusieurs fois dans l'article 2 du traité du 1er avril 1874 le fondement de leur compétence pour connaître des demandes en séparation de corps et en divorce. C'est ainsi que la clause du libre accès a été invoquée deux fois par le tribunal de la Seine, le 5 mars 1892 (aff. Hubryseck) et le 13 mai de la même année (aff. Lenthé). Le premier de ces jugements s'est parfaitement expliqué sur la portée de cette clause en ces termes :

« Attendu qu'il est constant que les époux sont de nationalité russe ; qu'aux termes du traité du 1 avril 1874, les Français en Russie et les Russes en France auront réciproquement un libre accès auprès des tribunaux de justice en se conformant aux lois du pays, tant pour réclamer que pour défendre leurs droits à tous les degrés de juridiction établis par la loi ; ils pourront employer dans toutes les instances les avocats, avoués et agents de toutes classes autorisés par les lois du pays et jouiront sous ce rapport des mêmes droits et avantages que ceux qui sont ou seront accordés aux nationaux ; attendu que les termes de ce traité sont généraux, qu'il n'y est fait aucune exception, que le tribunal est donc compétent... » (2).

Le tribunal a donc fait aux époux russes l'application de la clause du libre accès, comme il a fait l'application

(1) *Le Droit*, du 15 juin 1888.
(2) *Revue pratique*, 1892-235.

de la même clause contenue dans les traités espagnols et portugais (1).

§ 3. — *Étrangers soumis à des lois confessionnelles*

On sait que, depuis l'arrêt de la Cour de Paris du 17 mars 1902, rendu dans l'affaire Levinçon, les tribunaux français maintiennent leur règle d'incompétence, et cela malgré les exceptions énumérées aux deux paragraphes précédents de ce chapitre, toutes les fois que le droit litigieux sur lequel ils sont appelés à statuer est, d'après la loi des parties, du ressort d'une juridiction ecclésiastique. Il est donc intéressant de montrer qu'avant le 17 mars 1902 les tribunaux français, quand ils se déclaraient compétents pour connaître des contestations entre étrangers relatives à leur état, ne s'arrêtaient jamais à cette considération.

La crainte de compromettre leur caractère, en se substituant ainsi à une autorité religieuse, ne se présentait jamais à leur esprit. Cela a duré ainsi pendant fort longtemps, et l'ordre public français ne s'est pas pour cela ébranlé.

---

(1) Saisi quelque temps auparavant d'une demande en divorce entre Russes, le tribunal de la Seine, statuant sur l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur et tirée de son extranéité, s'est déclaré compétent par un motif de procédure, mais sans invoquer, comme il aurait pu le faire, le traité franco-russe (trib. Seine 5 juin 1891 ; aff. Levine, *J. C.* 1892-194). — Comp. même trib. 7 mai-1885 (*Le Droit*, du 13 mai 1885), 7 avril 1886 et Paris, 6 juillet 1886 (*J. C.* 1886, p. 192 et 328).

Sans remonter trop loin dans le passé, nous rappellerons plusieurs décisions que nous choisirons de préférence parmi les plus rapprochées en date de l'arrêt Levinçon.

Le 12 mai 1887, le tribunal civil de la Seine (4e cham.) a prononcé le divorce entre époux *israélites hongrois*. Attendu que, dit le jugement, le divorce entre personnes israélites est admis par les lois et coutumes hongroises, qu'il n'existe donc dans la cause aucun obstacle... à ce que la demande formée par la dame B. soit portée devant les tribunaux français (1).

Le même tribunal, même chambre, s'est plusieurs fois déclaré compétent pour connaître de demandes en divorce entre époux russes. C'est ainsi que, par jugement du 5 juin 1891, il s'est déclaré compétent pour statuer sur une telle demande, et, jugeant au fond, il a débouté la demanderesse en divorce par le motif que les faits articulés ne sont ni pertinents, ni admissibles au regard de la législation russe (2). Par jugement du 5 mars 1892, il a accueilli une autre demande de même nature en remettant à un mois pour statuer au fond (3). Un troisième jugement, du 3 juillet 1896, est particulièrement intéressant parce que, contrairement aux deux jugements précédents, il tient compte de la religion des époux. Voici comment y est motivée la recevabilité de la demande :

---

1. *Le Droit*, du 22 mai 1887.
2. *J. C.* 1892, p. 194.
3. *J. C.* 1892 p. 661.

« Attendu que les époux Levine sont Russes, et qu'il est établi qu'ils appartiennent à la religion juive, qu'il résulte d'un certificat du secrétaire général des administrations consistoriales israélites de Paris que leur mariage religieux y a été célébré le 9 avril 1865 ; attendu que la législation russe n'a pas institué de mariage civil et que les unions sont célébrées devant les ministres ecclésiastiques d'après les règles du culte des conjoints ; que c'est aussi la loi canonique qui régit l'annulation du mariage et sa dissolution par le divorce, que s'il est vrai que, d'après le Code russe, les époux orthodoxes ne peuvent être admis à divorcer que pour cause d'adultère, d'impuissance, de peine emportant dégradation civique et d'absence, ce Code ne contient aucune disposition sur les divorces entre époux israélites, et qu'il y a lieu de décider que ceux-ci peuvent être divorcés pour des motifs considérés comme suffisants par leur confession ; attendu, en effet, que d'après la loi sur les cultes (*Corps de la loi de l'empire russe*, t. XI, p. 1), le divorce entre Israélites est prononcé par les rabbins régulièrement admis à exercer leur ministère par le gouvernement et ayant le caractère de fonctionnaires publics et qu'ils doivent, dans les affaires de divorce, se conformer à la loi juive ; attendu *que le Code rabbinique admet le divorce, ou plus exactement la rupture du mariage, par voie de répudiation, dans le cas de mauvais traitements, injures graves, immoralité, abandon, etc...* ; attendu qu'ainsi les époux Levine *sont recevables à demander à faire la preuve des faits sus-énoncés...* (1) »

1. *J.-C.* 1896.848.

Il est à retenir de cet intéressant jugement que le tribunal n'ignorait pas que « le divorce entre Israélites est prononcé par les rabbins ». Mieux encore, il se rendait aussi compte que le divorce des Israélites russes n'est pas identique au divorce du Code civil, et qu'il est « la rupture du mariage *par voie de répudiation* », que le Code rabbinique admet le divorce en cas d'injure grave ; or, c'est précisément cette cause qu'invoquaient, dans leurs demandes respectives, les époux.

Le tribunal de la Seine a donc admis sans difficulté que les Israélites russes pouvaient divorcer en France dans les mêmes conditions et dans les mêmes formes que les Français, sans qu'aucune règle de leur statut personnel y vienne mettre un obstacle quelconque. Il raisonnait encore de même le 5 mars 1901, lorsqu'il autorisa Mme Levinçon à faire, par voie d'enquête, la preuve des faits qu'elle articulait à l'appui de sa demande. C'est ce jugement qui fut infirmé par l'arrêt de la Cour de Paris, du 17 mars 1902.

S'agissait-il de *sujets russes appartenant à la confession catholique romaine*, les tribunaux français ne voyaient pas d'obstacle à leur compétence dans le fait que la loi russe-polonaise du 25 juin 1836 réserve au clergé la compétence exclusive sur toute question touchant au mariage. C'est ainsi que, par jugement du 29 décembre 1890, le tribunal civil de la Seine a prononcé, au profit de la dame W..., la séparation d'entre elle et son mari, Polonais-catholique « dont la législa-

tion admet la séparation de corps et non le divorce »(1). On peut citer dans le même sens : tribunal civil de Tunis, 27 juillet 1896 (*J. C.* 1897, p. 130).

A cet ordre d'idées se rattache l'affaire Lenthé. La dame L..., Française d'origine, ayant introduit une demande en divorce contre son mari, Russe-Polonais catholique, celui-ci opposa une exception d'incompétence basée sur son extranéité. Le tribunal de la Seine se déclara compétent en vertu du traité franco-russe du 1er avril 1875 (jug. du 12 mai 1892). Sur appel interjeté par le sieur L..., la Cour de Paris rendit, le 5 janvier 1893, un arrêt confirmatif par le motif que l'appelant n'ayant aucun domicile à l'étranger, sa femme était dans l'impossibilité de porter devant une autre juridiction que le tribunal de la Seine la demande en divorce. L'affaire étant revenue devant le tribunal de la Seine pour être jugée au fond, ce tribunal rendit, le 27 décembre 1893, un autre jugement, par lequel la dame L... fut déclarée non-recevable en sa demande en divorce, le statut personnel des parties n'autorisant pas la séparation de corps. La demanderesse échoua ensuite en appel et en cassation (2).

---

1. *J. C.*, 1895, p. 627. C'est par erreur que le tribunal de la Seine a prononcé, par jugement du 17 juillet 1901, la séparation de corps entre deux époux Russes orthodoxes, dont le statut personnel ne l'admet pas ; il a, d'ailleurs, reconnu son erreur une dizaine d'années plus tard, à l'occasion d'un autre litige survenu entre les mêmes parties.

2. D. 1896. 1. 377 et Rapport de M. le conseiller Denis

Il est certain qu'elle eût triomphé en sa demande, si celle-ci avait pour objet, non le divorce, mais la séparation de corps. Le fait que la connaissance de ce litige est, d'après la loi mentionnée, de la compétence exclusive du consistoire religieux, n'aurait pas fait obstacle à ce que le tribunal français prononçât la séparation des époux L... On ne saurait prétendre que les juges ignoraient les dispositions de la loi russe, attendu que M. le conseiller Denis, dans son rapport, les citait tout au long. Son argumentation tendait seulement à démontrer que cette loi n'autorisait que la séparation de corps. Le conseiller-rapporteur constatait à plusieurs reprises que toutes les questions qui se rattachent au mariage des Polonais sont de la compétence du juge ecclésiastique.

Le rapport de M. Denis, aux conclusions duquel se rallia la chambre des requêtes dans son arrêt du 12 février 1895, a inspiré, dans une très forte mesure, l'arrêt du 29 mai 1905. On y lit, en effet, « qu'il importe peu que le mariage ait été célébré en France devant l'officier de l'état civil », cette célébration n'étant autre chose que la forme instrumentaire exigée par la loi française pour la réalisation du mariage. Répondant au pourvoi, qui reprochait à la Cour de Paris de n'avoir pas craint, contrairement à une règle absolue de droit français, de faire résulter la prohibition du divorce de la bénédiction nuptiale donnée par un ministre du culte, M. Denis a dit que « la bénédiction nuptiale, *considérée comme fait pur et simple*, peut entraîner des conséquences juridiques entre étrangers, que ce fait, indifférent au point de vue

de la loi étrangère, a une portée qui n'est aucunement contraire à l'ordre public en France ». Les tribunaux français, a-t-il dit, ne doivent pas « se voiler la face si on vient alléguer devant eux l'intervention religieuse à la suite d'un mariage ».

On voit, par ces quelques indications, qu'il existe une parenté d'idées incontestable entre les deux arrêts de la Cour séparés l'un de l'autre par un espace de temps de dix ans. Il est d'autant plus remarquable qu'ils diffèrent sur plusieurs points essentiels. Notons d''abord qu'en 1895 le traité franco-russe du 1er avril 1874 fut reconnu comme suffisant pour déterminer la compétence du tribunal.

D'autre part, si la Cour a cru devoir appliquer, dans l'espèce, le statut russo-polonais, c'est parce que la célébration civile fut suivie de la cérémonie religieuse. C'est ce qui semble résulter du passage suivant du rapport de M. Denis. « Si en pareille matière, *l'intention des parties* peut être considérée, et pourquoi pas ? Ne voit-on pas qu'en se présentant devant un ministre du culte les époux L... n'ont pas dû vouloir faire quelque chose d'indifférent, mais se soumettre à la volonté de leur loi nationale qui n'admet pas de mariage légitime sans cette formalité et accepter les conséquences de cet acte. Ils ont, en réalité, parfait leur union au point de vue de leur loi ».

Mais dès l'instant où, dans cette matière, l'intention des parties peut être interprétée, il faudrait décider que les étrangers qui ne font pas suivre le mariage civil de

la cérémonie religieuse, n'ont pas l'intention de soumettre leur union à l'empire d'une loi confessionnelle. Tel est le sens du jugement du tribunal civil de la Seine du 18 mai 1903 (aff. Mosticzker), dont il est question plus loin, jugement infirmé par la cour de Paris (arrêt du 9 mars 1904), qui estima que, même en s'abstenant de la cérémonie religieuse, les parties n'ont pu échapper aux prescriptions de leur loi personnelle qui était la loi rabbinique. Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la Cour de cassation (arrêt du 30 oct. 1904).

Enfin, et cela est surtout intéressant à constater, l'arrêt du 12 février 1895 ne disait pas, comme le fit plus tard celui du 29 mai 1905, qu'un tribunal français enfreint un principe d'ordre public en se substituant à une juridiction religieuse, alors qu'il était certain que la loi russo-polonaise du 25 juin 1836 réservait exclusivement au consistoire catholique-romain la connaissance des litiges de la nature de celui que les époux L. portèrent devant les tribunaux civils français.

De même qu'aux époux russes, les tribunaux appliquaient fréquemment le système ci-dessus caractérisé aux époux *espagnols et portugais*. En ce qui concerne *les Espagnols* qui relèvent des autorités ecclésiastiques quand ils contractent un mariage canonique et des tribunaux civils quand ils se contentent de la forme civile, les tribunaux, s'il faut en juger par l'énoncé de ces jugements, ne se souciaient pas de faire cette distinction et statuaient sur des demandes entre époux espagnols en vertu des traités et conventions diplomatiques. Citons, à ce

point de vue, les arrêts de la Cour de Caen du 16 décembre 1884 et de la Chambre des requêtes du 3 juin 1885 (S. 1885, 1. 417), les jugements du tribunal civil de Bar-sur-Aube du 29 décembre 1888 (*Gaz. des trib.*, 1er mars 1889), du tribunal de la Seine du 10 août 1889 (*Le Droit*, 1er septembre 1889), de la cour d'Alger des 13 et 27 janv. 1892 (S. 1892. 2. 152).

En ce qui concerne les *Portugais*, mentionnons les arrêts du tribunal de la Seine du 6 décembre 1887 et du 12 juin 1888 (*Le Droit*, du 17 déc. 1887 et du 15 juin 1888).

On serait peut être tenté de penser que si les choses se passaient ainsi jusqu'au 17 mars 1902, c'est parce que l'exception d'incompétence n'a pas été soulevée, à ce point de vue, devant les tribunaux français. Ce serait une erreur, et la preuve contraire nous est fournie par un arrêt qui présente pour notre matière un intérêt exceptionnel et qui n'a pas été invoqué dans le procès Levinçon et ceux qui l'ont suivi. Nous parlons de l'arrêt de la Cour d'Alger, du 7 mars 1898, mentionné plus haut, qui s'est prononcé avec toute la clarté voulue sur la question qui nous intéresse.

Il s'agissait, dans l'espèce, d'époux espagnols qui avaient contracté mariage en la forme canonique en Espagne. Ils étaient installés en Algérie depuis plusieurs années quand la femme forma contre son mari une demande en séparation de corps. Le tribunal civil de Sidi-Bel-Abbès se déclara compétent, mais le défendeur interjeta appel de ce jugement, sous prétexte que,

d'après son statut personnel, la séparation de corps relève exclusivement des tribunaux ecclésiastiques, en sorte qu'un tribunal civil français ne saurait être compétent pour se prononcer. C'est l'argument même admis quelques années plus tard par la Cour de Paris. Mais la Cour d'Alger estima, au contraire, que c'était là *une simple question de procédure,* et que seule la procédure française était applicable aux parties. Elle rendit dans ce sens un arrêt confirmatif fortement motivé dont nous reproduisons la partie essentielle dans notre « conclusion » (1).

Ainsi donc, dans toutes les jurisprudences citées, le fait commun est celui que les tribunaux français se substituaient à des juridictions religieuses, seules compétentes d'après les lois étrangères pour connaître des litiges qui étaient portés devant eux. Ils reconnaissaient donc implicitement qu'en agissant ainsi ils ne heurtaient aucun principe d'ordre public français, contrairement à ce que devait découvrir plus tard la cour de Paris.

Tel était, à l'époque de l'affaire Levinçon, le dernier état de la jurisprudence dans la matière du divorce des étrangers en France. En 1892, M. Pillet, qui se demandait ce qui restait de l'ancien principe de l'incompétence des tribunaux français dans les questions d'état concernant les étrangers, a pu dire : « Il en reste ceci : le défendeur, lorsqu'il appartient à une nationalité déter-

---

1. Voir p. 187.

minée et qu'il peut prouver l'existence à l'étranger d'un tribunal compétent, peut obliger le juge français à se dessaisir et son adversaire à le poursuivre devant ce tribunal, pourvu qu'il fasse valoir ce moyen au début de l'instance, dès le moment de la tentative de conciliation, opérée par le président du tribunal. Le juge français, lui, peut se dessaisir toutes les fois où, en le faisant, il ne court pas le risque d'occasionner un déni de justice » (1).

Hélas ! cela n'est plus vrai aujourd'hui, et, avec la nouvelle jurisprudence, les tribunaux français se déclarent incompétents (« sans qualité ni pouvoir »), malgré que le défendeur ne possède aucun domicile à l'étranger et malgré les véritables dénis de justice, que, dans la plupart des cas, ils commettent. Il en est particulièrement ainsi, quand il s'agit d'Israélites russes qui, sans esprit de retour, sont venus se fixer en France. C'est ce qui fait que cette question n'a pas seulement un puissant intérêt doctrinal, elle est aussi un problème social de grande importance.

1. S. 1892. 233. (Note de M. Pillet).

CHAPITRE II

La nouvelle jurisprudence en matière de divorce des étrangers soumis à des lois confessionnelles.

Dans le système de la jurisprudence, tel qu'il a été retracé au chapitre précédent, on ne tenait aucun compte du fait que certaines matières du statut personnel des étrangers, et notamment le divorce, étaient régies par des lois confessionnelles. On ne se demandait guère si, d'après la législation étrangère, la compétence en ces matières était réservée aux tribunaux civils ou à des juridictions religieuses, et si les formes de procédure correspondaient ou non à celles que prescrit la loi française. La compétence des tribunaux français était déterminée d'après les règles ci-dessus énumérées, et la recevabilité de la demande se trouvait, dès lors, subordonnée à la loi des parties. On a vu que le seul reproche qu'on pouvait faire à ce système jurisprudentiel était celui de considérer sa compétence à l'égard des étrangers comme une dérogation à un principe général, qui est celui de l'incompétence. Le nombre des exceptions s'étant successivement accru on pouvatt dire, après

tout, que le soi-disant principe de l'incompétence était tombé de lui-même.

Or, depuis un arrêt de la Cour de Paris, du 17 mars 1902, une nouvelle règle d'incompétence, appliquée au cas où le divorce des étrangers est soumis, d'après leur statut personnel, à des lois confessionnelles, est venue modifier profondément l'ancien système. Les étrangers de cette catégorie ne sont plus recevables, d'après la nouvelle jurisprudence, à faire prononcer leur divorce par les tribunaux français. Au surplus, confondant les questions de compétence et de recevabilité de la demande, et subordonnant, contrairement à la logique, la première à la seconde, les tribunaux se déclarent, depuis quelque temps, *incompétents* pour connaître des demandes en divorce formées par des étrangers qui se trouvent dans les conditions indiquées.

Nous donnerons, avant d'en faire un examen critique, un aperçu de cette nouvelle jurisprudence. On verra que les tribunaux français en ont fait l'application à des espèces diverses et non pas seulement, comme on le pense généralement, au divorce des Israélites russes. De là la division suivante de ce chapitre : I. — Application de la nouvelle jurisprudence aux Israélites russes ; II. — Autres applications de la nouvelle jurisprudence ; III. — Répercussion sur les demandes en nullité de mariage ; IV. — Le système de la nouvelle jurisprudence.

I. — Application de la nouvelle jurisprudence aux Israélites russes

La nouvelle jurisprudence fut inaugurée à l'occasion d'une affaire qui, par la suite, est devenue presque une cause célèbre. M. Levinçon, de nationalité russe, qui résidait depuis de longues années en France, où il avait fait comme étranger la déclaration de résidence exigée par le décret du 2 octobre 1888, avait contracté mariage avec la dame Heiman, de nationalité française, devant l'officier de l'état civil français ; le mariage avait été suivi de la consécration religieuse d'un ministre du culte israélite auquel appartenaient les deux époux.

Sur une demande en divorce formée par la dame Levinçon, le tribunal civil de la Seine, à la date du 5 mars 1901, l'autorisa à faire, par voie d'enquête, la preuve des faits qu'elle articulait à l'appui de sa demande. M. Levinçon interjeta appel de cette décision, soutenant : 1° que le juge français n'avait ni qualité, ni pouvoir pour prononcer le divorce entre époux de nationalité russe appartenant au culte judaïque ; 2° que le divorce ne pouvait, en tous cas, d'après le statut personnel des époux, exister que par leur consentement mutuel ; 3° que son consentement exigé par la loi russe faisant défaut, l'action en divorce n'était pas recevable. Cette thèse triompha successivement devant la Cour de Paris et la Cour de cassation.

La Cour de Paris proclama, dans son arrêt du 17 mars 1902, l'incompétence absolue des juridictions françaises dans les questions de cette nature. D'autre part, disait-elle dans son arrêt, aux termes de la loi nationale des époux le divorce est un acte essentiellement religieux qui ne peut être accompli que par l'autorité religieuse. *Le juge civil en France ne peut se substituer à cette autorité*, tant à cause de la séparation que notre législation a établie entre les matières civiles et religieuses, que de son inaptitude absolue à accomplir les rites prévus par la loi étrangère. Le cas échéant, il ne peut que déduire du mariage confessionnel préexistant les conséquences juridiques créées par la loi religieuse : en effet, la séparation des matières civiles et religieuses n'est que d'ordre public interne dans notre législation, elle ne saurait être invoquée à l'encontre des étrangers *dont les règles de statut personnel sont d'ordre public international et absolu.*

D'autre part, il n'est pas douteux, constatait la Cour, qu'en l'espèce le statut des époux n'autorise le divorce qu'en cas de consentement mutuel des époux et ne permet pas, notamment, la dissolution du mariage contre la volonté du mari (1).

Cet arrêt de la Cour de Paris inspira peu après le jugement de la troisième chambre supplémentaire du tribunal civil de la Seine, du 18 décembre 1902. La dame Olschwang fut déboutée de sa demande en

---

1. D. 1903. 2. 49 et la note de M. Bartin ; *J. C.*, 1903, p. 342.

divorce contre son mari. « Attendu que, disait notamment ce jugement, les époux Olschwang appartiennent tous deux à la religion israélite, que la loi russe soumet le divorce de ses nationaux juifs à des formalités spéciales confiées aux autorités religieuses rabbiniques et conformément à la loi mosaïque; attendu que les autorités rabbiniques ne procèdent pas dans la loi russe comme pouvoir civil statuant sur un litige civil, mais comme un pouvoir religieux agissant selon des règles et des formes rituéliques... ; attendu que les tribunaux français ne pourraient, à aucun titre et sous aucun prétexte, sans violer la règle fondamentale de notre droit public, se substituer à une autorité religieuse et accomplir des actes d'un caractère rituel... Par ces motifs... *renvoie les parties à se pourvoir comme bon semblera devant les autorités qui, d'après leur loi nationale, peuvent dissoudre leur union...* » (1).

On voit donc que le tribunal civil de la Seine a rapidement modifié sa manière de voir. Mais revenons à l'affaire Levinçon. Mme Levinçon ne se tint pas pour battue et se pourvut en cassation. La Cour suprême, cependant, confirma l'arrêt. Il est exact, déclara-t-elle dans son arrêt du 29 mai 1905, que les règles de compétence et les formes de procédure déterminées par la loi française sont applicables, quand un tribunal français est saisi d'un litige intéressant l'état d'un étranger ; mais ce litige n'en reste pas moins soumis à l'observa-

---

1. *J. C.*, 1903, p. 805.

tion des règles de la loi nationale des parties. *Si donc ladite loi impose, soit une juridiction particulière, soit des conditions de forme ou de fond telles qu'elles se trouvent en opposition avec l'ordre public français,* l'instance doit nécessairement aboutir à une déclaration d'irrecevabilité, puisqu'elle ne peut être jugée, ni d'après la loi étrangère, qui ne peut recevoir son application en France, ni d'après la loi française, qui ne peut lui être substituée. Or, la loi appliquable aux Israélites russes réserve la connaissance des actions en divorce à l'autorité religieuse et fait de cette règle une prescription du statut personnel ; en outre, elle soumet la dissolution du mariage à des rites confessionnels que ne peuvent accomplir nos tribunaux ; par ces motifs, la demande doit être déclarée non recevable.

Enfin, la Cour de cassation répète, après la Cour d'appel, *que la neutralité de l'État français entre les divers cultes ne saurait être invoquée en l'espèce,* car elle ne s'applique qu'aux mariages soumis à la loi française et ne s'oppose d'ailleurs à ce que les tribunaux français déduisent d'une union religieuse les conséquences juridiques qu'elle peut comporter (1).

Ces décisions soulevèrent dans la doctrine de nombreuses critiques dont nous donnerons l'analyse plus loin. Disons tout de suite que, malgré leur force, ces critiques n'ont pu faire fléchir la jurisprudence consacrée par la Cour de cassation ; bien au contraire, cette juris-

---

1. Rev. 1905. 518. — S. 1906. 1. 161 et note de M. Pillet.

prudence fut, maintes fois depuis, appliquée à d'autres espèces.

L'arrêt de cassation du 29 mai 1905 n'a cependant pas empêché d'autres procès en divorce entre Israélites russes de surgir. C'est ainsi qu'en 1907 M. Frenkel, Israélite russe, qui avait épousé en 1899, à Paris, une Israélite allemande, forma devant le tribunal civil de la Seine une demande en divorce, à laquelle sa femme répondit par une demande reconventionnelle. Tout comme en 1901 (aff. Levinçon), le tribunal accueillit ces deux demandes, puisqu'il ordonna des enquêtes sur les faits articulés par les parties ; et par jugement du 3 février 1908, rejetant la demande du mari, accueillit la demande reconventionnelle, motif pris de ce que M. Frenkel avait, le 18 mars 1906, tiré sur sa femme trois coups de revolver et prononça le divorce au profit de la femme, cela malgré les arrêts motivés de la Cour de Paris et de la Cour de cassation.

Le mari, naturellement, interjeta appel de cette décision soutenant que « le tribunal civil de la Seine était incompétent pour prononcer le divorce au profit de la femme, alors que, sujet russe et Israélite, la loi mosaïque donne à lui seul, en sa qualité de mari, le droit de le demander et de l'obtenir. » Il obtint gain de cause. « Considérant — dit l'arrêt de la Cour de Paris du 21 juin 1910 — que la législation russe n'attribuant d'effet qu'au mariage religieux entre Israélites, l'intervention de l'autorité rabbinique, qui seule a qualité pour procéder à sa célébration, devient indispensable lorsqu'il s'agit de prononcer le divorce, dont la validité

est dépendante de l'accomplissement de certains rites cultuels imposés par la loi religieuse, ce qui enlève aux juridictions civiles russes toute compétence en ces matières, qu'on ne comprend pas, dès lors, comment les tribunaux français pourraient valablement dissoudre de pareilles unions conjugales, *alors que la loi russe considère l'observation de ces rites, non comme de simples formalités de procédure, mais comme des règles essentielles qui touchent au fond du droit*, et que le principe de la neutralité de l'État entre les divers cultes défend aux juges français de s'ingérer dans les matières religieuses, même lorsque le litige ne concerne que des étrangers... » (1).

Ainsi, la Cour de Paris s'en tenait en 1910 à son arrêt du 17 mars 1902. Ce second arrêt paraît avoir définitivement fixé la jurisprudence, puisque depuis cette date aucun tribunal français, à notre connaissance, n'a plus rendu de jugement en sens contraire.

En ce qui touche les Israélites russes, trois demandes en divorce furent encore portées devant le tribunal de la Seine, qui toutes furent déclarées non-recevables. Dans une de ces espèces (aff. Rosenbaum-Kahn), la demanderesse, après avoir obtenu, par ordonnance de non-conciliation du 28 décembre 1909, la garde de son enfant, assigna quelque temps après son mari devant le tribunal civil de la Seine pour voir prononcer le divorce à son profit et subsidiairement pour voir ordonner une

---

1. *Rev. de dr. int. pr.* 1910.837, — S, 1912. 1. 132.

enquête sur les faits articulés. Or, sur les conclusions de M. le substitut Sauteraud, inspirées par les arrêts de la Cour de Paris et de la Cour de cassation (1), le tribunal rejeta cette demande, estimant « qu'aux termes de la loi russe, l'autorité religieuse est seule compétente pour nouer et dénouer le lien conjugal, que le divorce des Israélites russes ne peut résulter en Russie que de la décision souveraine de l'autorité rabbinique, qui y procède suivant les rites confessionnels établis par la religion mosaïque, et sans l'intervention du pouvoir judiciaire... *qu'il ne s'agit pas en l'espèce, d'un conflit portant uniquement sur la procédure ; que les règles qui, en Russie, ont* soustrait ces matières à la connaissance des tribunaux civils, ont un *caractère d'ordre public et touchent au fond même du droit* ; qu'il y a lieu, en conséquence, de déclarer la dame Rosenbaum non-recevable en sa demande » (2)

Par un autre jugement, en date du 9 mai 1911, le tribunal de la Seine (4e chambre) se déclara encore une fois incompétent pour connaître de la demande en divorce de la dame Lévin, qui avait contracté mariage à Paris, civilement et religieusement.

Ce jugement fut rendu malgré les très remarquables conclusions de M. le substitut Lafon, tendant à faire modifier la jurisprudence fixée depuis une dizaine

---

1. M. le Substitut Sauteraud était, d'ailleurs, disposé à admettre que le traité franco-russe du 1er avril 1874 attribue aux tribunaux français compétence générale pour connaître *de toutes les contestations* entre Russes résidant en France.

2. Jugement du 18novembre 1911.

d'années déjà. M. Lafon soumit, notamment, à l'attention du tribunal, ces deux considérations : 1° Que les parties en cause ayant perdu tout domicile en Russie, par suite aucun tribunal rabbinique n'a sur elles de compétence et qu'en tout cas, pratiquement, à raison de la distance, elles n'y sauraient plaider ; et 2° que, par suite, à moins de priver les Israélites du droit au divorce, que cependant leur donne leur loi nationale, les tribunaux français doivent se déclarer ici compétents (1).

Les conclusions de M. Lafon peuvent nous faire présager un revirement de la jurisprudence.

Mme L... interjeta appel de cette décision. Peine inutile ; la Cour, fidèle à son arrêt du 17 mars 1902, se borna, pour cette fois, à reproduire brièvement ses idées dans l'unique considérant de son nouvel arrêt du 26 décembre 1912. « Considérant..., qu'aux termes de la loi russe, qui est celle de leur statut personnel, le divorce des Israélites, exclusivement régi par la loi religieuse, consiste essentiellement dans la rupture du lien religieux, qu'il ne peut résulter que d'une décision de l'autorité rabbinique ; qu'il comporte du reste l'accomplissement de certains rites de nature confessionnelle ; qu'une instance de ce genre échappe évidemment d'une manière absolue à la compétence des tribunaux français »... (2)

---

1. *Rev. de dr. int. pr.*, 1911, p. 640. Il est à regretter que les conclusions de M. le substitut Lafon n'aient pas été recueillies *in-extenso*.

2. *Rev. de dr. int. pr.*, 1913, p. 434. — *Gaz du Palais*, 1913 I. 302. — *Gaz des trib.*, 8 fév. 1913. — *Le Droit*, 18 fév. 1913.

Cela n'empêcha pas une autre Israélite russe, la dame Mendelevitch, de demander, quelques mois plus tard, le divorce contre son mari, toujours devant le tribunal civil de la Seine, lequel n'a pu que la débouter (jug. du 11 mars 1913) en des termes qui sont devenus comme un cliché pour les tribunaux français : « attendu qu'aux termes de la loi russe, le divorce des Israélites consiste uniquement dans la rupture du lien religieux, qu'il ne peut résulter que d'une décision de l'autorité rabbinique ; qu'une instance de ce genre échappe d'une manière absolue à la compétence des tribunaux français »... (1)

On voit que ce jugement, qui est le dernier en date en ce qui concerne les Israélites russes, se contente de reproduire les termes mêmes de l'arrêt du 26 décembre 1912 que nous venons de citer. Nous sommes donc en présence d'une jurisprudence bien assise, constante en ses décisions.

II. — Autres applications de la nouvelle jurisprudence

a) *Russes de religion orthodoxe*

Un jugement du tribunal civil de la Seine (3e chamb.), en date du 13 juillet 1911, rendu à propos d'une demande en divorce formée par la dame de S..., Russe orthodoxe,

---

1. *Rev. de dr. int. pr.*, 1913, p. 446.

contre son mari Russe-Polonais catholique, s'inspira directement de la nouvelle jurisprudence. Le tribunal fit droit à l'exception d'incompétence proposée par le mari, à savoir : que les *tribunaux français n'ont ni qualité, ni pouvoir* pour prononcer le divorce entre deux sujets de nationalité russe appartenant, l'un à la religion catholique romaine et l'autre à la religion orthodoxe. Le jugement s'exprime dans son attendu final comme suit : « Sans qu'il y ait à rechercher si la rupture du lien conjugal entre sujets russes orthodoxes ne peut résulter que de la célébration de rites prescrits par la législation russe, il est constant que, de par la loi russe, le divorce ne peut être prononcé que par un tribunal ecclésiastique, *auquel un tribunal de droit commun ne saurait se substituer*, puisque les époux de S. n'ont pas renoncé à leur nationalité ; qu'il y a donc lieu de faire droit à l'exception d'incompétence qui est proposée : Par ces motifs dit que les tribunaux français n'ont ni qualité, ni pouvoir pour se substituer à l'autorité ecclésiastique russe et prononcer le divorce entre sujets de nationalité russe appartenant, l'un à la religion catholique romaine, l'autre à la religion orthodoxe ; *se déclare en conséquence incompétent*, renvoie les parties à se pourvoir ainsi qu'elles aviseront » (1).

Appel de Mme de S. Devant la Cour, M. l'avocat général Peysonnié présenta des conclusions remarquables, par lesquelles il essaya de faire fléchir la jurisprudence établie. La thèse de M. Peysonnié, suivant laquelle on

1. *Gaz. du Palais*, 1914,1,255.

ne saurait assimiler le divorce des Russes orthodoxes, qui est prononcé par un tribunal ecclésiastique jugeant conformément à la loi civile, au divorce des Russes de religion israélite, qui consiste essentiellement en l'accomplissement de certains rites cultuels, ne triompha pas devant la Cour, qui confirma le jugement cité ci-dessus en disant notamment :

« Considérant que, pour la loi russe, le mariage est un acte essentiellement religieux, qu'il ne peut être dissous, quand des deux époux un est orthodoxe et l'autre catholique romain, que par le prêtre orthodoxe ; que les conséquences civiles qu'il produit n'en modifient pas le caractère ;

« *Considérant que le divorce, qui entraîne l'annulation de cet acte religieux, est lui-même soumis à l'autorité religieuse ; que le litige en est porté, non devant les tribunaux civils, mais devant les juridictions ecclésiastiques ;* que ce sont les tribunaux diocésains qui statuent sur ces contestations ; que la décision accordant le divorce ne revêt un caractère exécutoire qu'après avoir reçu l'homologation du Saint-Synode, lequel exerce, sous l'autorité de l'Empereur, le suprême pouvoir religieux » (1). On voit que le motif déterminant l'incompétence est le même, qu'il s'agisse de Russes de confession judaïque, ou de Russes de religion orthodoxe.

---

1. *Rev. mens. de la Gaz. du Palais*, 1914, 1,265.

b) *Israélites ottomans*

Saisi d'une demande en divorce par une Israélite de nationalité ottomane, Mme Soulam, le tribunal civil de la Seine s'est conformé également à la jurisprudence de la Cour de cassation précitée et déclara cette demande irrecevable, « le statut personnel de la demanderesse réservant *exclusivement à l'autorité religieuse* le droit de célébrer le mariage et de prononcer le divorce » (1).

Bien que M. le substitut Lafon eut vainement demandé au tribunal civil de la Seine de se déclarer compétent dans l'affaire Lévin, cette fois encore le ministère public représenté par M. le substitut Mornet, renouvela une tentative infructueuse dans le même sens. L'avocat de la République fit connaître, à cette occasion, le statut personnel des Israélites turcs. Bien que la religion commune en Turquie soit l'Islamisme, la religion juive est aussi religion d'État. Les communautés non musulmanes, les patriarcats, ainsi que le Grand Rabbinat, ont, d'après les firmans impériaux, le pouvoir de célébrer les divorces. Les rabbins, dont le chef habite Constantinople, sont élus par leurs pairs, nommés par le gouvernement, et sont admis à exercer leur ministère après avoir prêté serment devant l'autorité et reçu des titres constatant leur caractère officiel. La compétence exclusive de l'autorité religieuse est donc reconnue par les firmans en ce

---

1. Jug. du 20 juin 1913 rapporté par *l'Univers Israélite* du 24 janv. 1913.

qui concerne les mariages et les divorces d'Israélites turcs (1).

On voit que le problème des divorces entre Israélites ottomans se pose actuellement devant les tribunaux français exactement dans les mêmes termes que celui des Israélites russes.

(c) *Grecs*

Le tribunal civil de Marseille, appelé à connaître d'une demande en séparation de corps entre époux helléniques unis en mariage à Marseille, lieu de leur domicile, suivant les formes religieuses usitées dans leur pays d'origine et dont l'union, célébrée par l'autorité ecclésiastique résidant à Marseille, avait été enregistrée ensuite au Consulat compétent de la même ville, *s'est déclaré compétent* à raison de ces deux circonstances : d'une part, qu'une convention internationale entre la France et la Grèce accorde aux sujets de ce dernier pays libre et facile accès auprès des tribunaux français et d'autre part, que le mari défendeur doit être, ainsi qu'il appert des décisions antérieures, considéré comme n'ayant conservé aucun domicile légal dans son pays d'origine. Mais, en même temps, le tribunal déclare *irrecevable* la demande en séparation de corps formée par la femme contre son mari, pour ces deux motifs : la séparation de corps, avec les caractères qui la distinguent dans la loi française, n'est pas admise dans la loi hellé-

1. Rapporté par *le Journal* du 14 janv. 1913.

nique, cette loi régie quant au divorce par le droit romain de la période byzantine ne reconnaissant pas la séparation de corps, bien qu'il existe un code de procédure pour en réglementer les causes et les effets ; *la matière du divorce relève elle-même de l'autorité religieuse, qui seule peut prononcer la rupture du lien conjugal formé avec l'observation des solennités rituelles. Dès lors un tribunal français est sans qualité, ni pouvoir pour statuer dans un cas comme celui de l'espèce, les règles du statut personnel, auxquelles la demande est soumise, s'y opposant*, alors surtout qu'il n'est pas établi que les formalités préalables à la demande et nécessaires aient été remplies auprès de l'autorité compétente (1).

(d) Israélites autrichiens

Le divorce entre Israélites autrichiens a également donné lieu à une série de jugements intéressants. Le 6 novembre 1902, la dame *Mosticzker*, Autrichienne, formait contre son mari, également Autrichien, une demande en divorce. Le tribunal, malgré des conclusions contraires du mari, se déclarait compétent. Le sieur Mosticzker invoqua alors, à son profit, les articles 132 et 135 du Code civil autrichien qui n'admet le divorce entre époux israélites que de par consentement mutuel ou pour cause d'adultère de la femme, et à la

---

1. Tribunal civil de Marseille, 7 mai 1908. — *J. C.* 1909,189 ; — v. Despagnet, *l. c*, p. 804.

requête du mari seulement. Mais le tribunal, par un nouveau jugement, du 18 mai 1903, repoussa cette prétention, en disant : « Pour que M.M. puisse invoquer à son profit l'application de ces dispositions, il faut qu'il établisse, tout d'abord, qu'il a entendu subordonner la validité et l'existence de son union à l'intervention confessionnelle et qu'il est resté soumis, ainsi que sa femme, à sa foi religieuse. « Et comme aucune célébration religieuse n'avait suivi le mariage civil contracté à Paris, le tribunal en déduisit que les époux M. ont entendu renoncer au bénéfice des lois hébraïques relatives au divorce et au mariage, en sorte que la *dissolution du mariage doit être prononcée en dehors de toute intervention confessionnelle.* » En conséquence, le tribunal renvoya à un mois pour être plaidé au fond (1).

La Cour de Paris, à laquelle le jugement du 18 mai 1903 fut déféré, émit sur les conséquences du mariage civil un avis différent : à ses yeux, le défaut de célébration religieuse ne constitue qu'une présomption insuffisante, qui ne saurait remplacer la déclaration formelle d'abandon de religion prévue par la loi autrichienne. Puis, se déclarant compétente pour examiner et trancher la ques-

---

1. Remarquons que, peu de temps auparavant, le même tribunal, par son jugement du 18 décembre 1902 précité (aff. Olschwang) ne reconnaissait pas cette importance au mariage civil, car il disait : « Attendu que si, en vertu du principe *locus regit actum*, le mariage contracté par les époux Olschwang devant l'officier de l'état civil français a établi entre eux le lien matrimonial et s'impose au respect de tous, ce qui ne saurait être et n'est pas contesté, les conséquences et les modifications de cette situation juridique doivent rester soumises à la législation du pays dont les parties possèdent la nationalité (*J. C.* 1903, p. 805).

tion au fond, elle fit application des articles 133 et 135 du Code civil autrichien, en vertu desquels la femme israélite ne peut jamais demander le divorce contre son mari, et déclara non-recevable la demande de la femme. A son tour, la Cour de cassation estima que la Cour d'appel avait bien jugé en appliquant aux Israélites autrichiens leur loi nationale et en se déclarant compétente pour procéder à cette application (1).

Quelques auteurs ont relevé une certaine contradiction entre les deux séries d'arrêts que nous venons de rapporter : entre l'arrêt de la Cour de Paris du 9 mars 1904 et celui de la Cour de cassation du 30 octobre 1905 qui l'a confirmé, d'une part (aff. Mosticzker), et l'arrêt de la Cour de Paris du 17 mars 1902 et l'arrêt de cassation du 29 mai 1905, d'autre part (aff. Levinçon).

« D'un côté, ces juridictions se déclarent compétentes pour examiner au fond et repousser, par application des règles de fond proprement dites du statut étranger, une demande en divorce ; de l'autre côté, une telle demande est qualifiée d'irrecevable en raison de l'incompétence des juridictions françaises. Pourtant, dans les deux espèces, qui ont donné lieu à ces deux séries d'arrêts divergents en apparence, les actions étaient élevées entre personnes appartenant à des États dont les législations contiennent, quant à l'application de la loi religieuse en matière de divorce, des prescriptions absolues » (2).

---

1. Tribunal civil de la Seine, 18 mai 1903 (*J. C.* 1904. 383). — Paris, 9 mars 1904 (*J. C.* 1904. 678) — Cass., 30 octobre 1905 (*J. C.* 1905. 410 et D. 1906. 1. 305 et note de M. Binet.

2. Despagnet, *Précis de dr. int. pr.*, 1909, p. 802.

S'agissant d'époux israélites autrichiens, les tribunaux français peuvent prononcer entre eux la séparation de corps, puisque la loi autrichienne admet des demandes formées par ses nationaux, *à quelque culte qu'ils appartiennent*. La Cour de Paris (arrêt du 6 juillet 1911) et la Cour de cassation (arrêt de la Chambre des requêtes du 29 juillet 1912) ont jugé dans ce sens (aff. Klein c. Klein). La Cour suprême s'exprime ainsi :

« Attendu que le pourvoi soutient que la loi autrichienne impose aux parties l'obligation, préalable à l'ouverture de l'instance judiciaire, de se présenter devant le ministre du culte, qui était dans l'espèce le rabbin, et que c'est là une règle sur l'observation de laquelle le juge français ne peut se prononcer, *la loi française lui interdisant l'examen de toute matière religieuse* ; que, par suite, la Cour de Paris ne pouvant se déclarer compétente pour juger la cause, mais que les qualités de l'arrêt attaqué ne mentionnent pas taxativement le texte de la loi étrangère dont se prévaut le pourvoi ; que la Cour de Paris a seulement retenu des débats suivis devant le tribunal et devant elle qu'à défaut de tentatives de conciliation devant le ministre du culte, c'était au juge civil en Autriche qu'incombait le devoir de rappeler, à trois reprises différentes, aux deux époux, leurs promesses solennelles lors du mariage ; qu'il suit de là que la loi autrichienne, telle qu'elle est rapportée par l'arrêt attaqué, *ne soumet pas nécessairement la tentative de conciliation à l'observation des rites de nature confessionnelle*, qu'en conséquence la Cour de Paris... a pu apprécier que les conditions imposées, à la tenta-

tive de conciliation, par la loi autrichienne constituaient une *procédure de pure forme distincte du fond ;* que cette procédure trouvait son équivalent dans la loi française et était régie par la loi de notre pays, lorsque le fond du litige y était porté. Attendu, dès lors, qu'il n'est pas vrai de dire que le tribunal français, lorsqu'il statuera sur la demande de séparation de la dame Klein, aura, pour se conformer au statut personnel des époux Klein, à connaître de matières religieuses, contrairement aux règles de l'ordre public en France » (1).

Cet arrêt, qui s'est visiblement inspiré de celui du 29 mai 1905, montre, comme le fait justement remarquer M. Naquet, que « la Cour de cassation n'a pas voulu étendre la doctrine de l'arrêt de 1905 *aux formalités de nature religieuse prescrites par la loi étrangère, quand ces formalités ne sont pas essentielles.* » Dans un débat judiciaire récent, M. l'avocat général Peysonnié se rallia nettement à cette idée (2).

III. — Répercussion de la nouvelle jurisprudence sur les demandes en nullité de mariage

En déclarant que les tribunaux français ne peuvent statuer sur la demande en divorce des Russes parce que,

---

1. S. 1913. 1. 425 et la note de M. Naquet. — *Gaz. du Palais,* du 30 octobre 1912.

2. Rec. Mens. de *la Gaz. du Palais.*, 1914. 1. 263 (aff. de Stankewicz).

d'après la loi russe, leur divorce, acte rituel, relève des autorités religieuses, la Cour de cassation a mis la jurisprudence en face de délicats problèmes, comme ceux-ci : 1° Le mariage des Russes célébré par l'officier de l'état civil et non suivi de célébration devant l'autorité ecclésiastique est-il nul ? 2° Le mariage des Russes célébré en France par l'autorité religieuse, sans mariage devant l'officier de l'état civil français, est-il valable ?

Les questions du mariage et du divorce sont intimement liées l'une à l'autre, les mêmes principes régissent ou devraient régir les deux matières. Après avoir fait connaître la jurisprudence en matière de divorce, il nous paraît utile de rapporter brièvement les décisions relatives au mariage ; cela nous permettra de mieux apprécier le système de la nouvelle jurisprudence.

Mais rappelons auparavant le système antérieur à cette jurisprudence. Il était toujours admis, par les auteurs et par les tribunaux, que la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est une prescription d'ordre public qui résulte du principe général formulé à l'alinéa 1 de l'article 3 du Code civil et oblige les étrangers résidant sur le territoire français.

Il est vrai que les tribunaux n'eurent jamais l'occasion, à notre connaissance du moins, de se prononcer directement sur la question de savoir si le mariage contracté *en la forme civile seule* par des étrangers, dont le statut personnel ne reconnaît que le mariage religieux, est valable en France. Jamais, que nous sachions, un tel mariage ne fut déclaré nul par un tribunal français.

Serait-il nul d'après la loi nationale des époux, qui n'admet que la forme religieuse, le mariage civil doit être réputé valable d'après la loi du pays de célébration et des puissances tierces, comme régulièrement contracté conformément à la règle *locus regit actum* (1).

Cela suppose évidemment que cette règle a un caractère obligatoire, et non facultatif, contrairement à ce que pensent plusieurs auteurs. En effet, si l'on admet qu'elle n'est que facultative, on doit déclarer valable le mariage contracté en France par deux étrangers dans les formes prescrites par leur loi personnelle, pourvu que l'observation de ces formes ne soit pas contraire à l'ordre public.

Poussé jusqu'à ses dernières conséquences, ce système amène à dire que deux étrangers, dont la loi nationale n'admet que le mariage religieux, peuvent se borner à faire célébrer leur union en France par un prêtre de leur Église sans avoir aucun recours au ministère de l'officier de l'état civil français. Quelques auteurs ne s'arrêtent pas devant cette conséquence. (2) Mais cette solution est inadmissible, étant donné que la loi française impose les formes solennelles du mariage comme des règles d'ordre public, réserve faite du cas où les étrangers se marient en France devant leurs agents diplomatiques ou leurs consuls. Nous reviendrons à cette question dans un autre chapitre, pour l'examiner au point de vue des principes généraux.

---

(1) Despagnet, *l. c.*, p. 725.

(2) *J. C.* 1907, p. 93-102, question 158. — A. Laurent *J. C.* 1885, p. 268.

Il a été jugé que l'article 199 du Code pénal, qui punit d'une amende tout ministre d'un culte qui procède aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par un officier de l'état civil, est applicable à un prêtre français qui reçoit en France le mariage de deux étrangers (1).

Il serait inutile de rappeler ces règles certaines du droit français, si nous n'y étions obligés par les quelques jugements dont il va être question, jugements visiblement rendus sous l'influence directe et par suite d'une interprétation erronée de l'arrêt du 29 mai 1905. Hâtons-nous de dire que ces jugements forment un simple incident dans le développement de la jurisprudence française, qui s'est vite ravisée, en revenant au régime dont nous venons de rappeler les traits essentiels.

Saisie par un Israélite russe nommé Edinson, d'une demande en nullité de son mariage contracté devant un officier de l'état civil de Paris, et non suivi de consécration religieuse, la première chambre du tribunal de la Seine a cru devoir admettre cette demande pour les raisons que voici :

« Attendu que... aux termes de la loi russe, le mariage des Israélites est exclusivement régi par la loi religieuse et consiste essentiellement dans la consécration de celui-ci par un ministre du culte judaïque, qui seul a

---

1. Trib. corr. de Toulouse, 7 mai 1890, (*J. C.*, 1891, p. 223). — Arrêt de la Cour de Paris du 18 décembre 1837. (S. 1838. 2. 114, annulation du mariage Schuchart-Ernouf).

qualité pour célébrer l'union conjugale de ses coreligionnaires, laquelle est assujettie pour sa validité, tant en la forme qu'au fond, à l'accomplissement de certains rites établis par la loi mosaïque; que l'union des époux E., contractée suivant la loi française, mais non consacrée par un ministre du culte, *est inexistante au regard de la loi russe ;* qu'en soumettant cette union aux formes instituées par la loi française, les époux E. *n'ont pu soustraire les conditions de son existence à l'empire de son statut personnel;* que par application de ce statut leur mariage est inexistant ; *qu'il y a intérêt pour E. à ce que cette inexistence* soit constatée par les tribunaux français » etc. (1).

Et le tribunal a déclaré « nul et inexistant » le mariage en question !

A l'occasion d'une affaire Roitstein, dont il sera question plus loin, M. le substitut Mornet a justement critiqué ce jugement en le considérant avec raison comme « une suite directe de l'arrêt de la Chambre civile rendu dans l'affaire Levinçon ». Cependant, la Chambre civile, dans un passage de son arrêt, semble avoir réservé une solution contraire à cette question de validité de mariage. En effet : « attendu, dit l'arrêt, que le mariage contracté devant l'officier de l'état civil du IX^e^ arrondissement par les époux L..., a reçu ensuite la consécration du ministre du culte israélite, *qu'il est dès lors valable d'après la loi française, qui fait état seulement du mariage civil,* et

1. *J. C.*, 1908, 1148.

d'après la loi russe, qui ne donne effet qu'au mariage religieux ».

Mais l'arrêt ajoute « qu'il importe peu que le mariage des époux L... ait été célébré devant un officier de l'état civil français, et qu'en soumettant leur union aux formes instituées par la loi française, *les époux n'ont pu soustraire les conditions de son existence et de sa rupture à l'empire de leur statut personnel.* » C'est de ce dernier attendu que le jugement du 25 novembre 1907 semble avoir fait une application littérale en prononçant la nullité — il a même été jusqu'à prononcer l'inexistence — d'un mariage civil entre Russes non suivi de consécration religieuse (1).

Il convient de constater, d'ailleurs, que le jugement du 25 novembre 1907 était le second de cette nature rendu par la première chambre du tribunal civil de la Seine. Cette même chambre avait, en effet, prononcé, le 28 avril 1906, la nullité d'un mariage civil contracté en France par deux Israélites autrichiens et non suivi de consécration religieuse. Il s'agissait des époux Mosticzker dont il était question plus haut à l'occasion de leur procès de divorce. On sait que la dame M... n'a pu obtenir le divorce qu'elle demandait. Après avoir gravi sans succès tous les degrés de juridictions, elle s'adressa à nouveau au tribunal civil de la Seine, cette fois utilement, pour faire annuler son mariage. Le tribunal partit de ce principe que, s'agissant de leur

---

1. *Revue de dr. int. pr.*, 1913, p. 134 (conclusions de M. Mornet).

mariage, leur loi nationale devait être appliquée aux époux Mosticzker, non seulement pour la dissolution de leur union (comme l'a jugé l'a Cour de cassation par l'arrêt du 30 octobre 1905), mais *qu'il devait en être de même pour leur permettre de contracter une union valable*. Le tribunal rechercha, dès lors, si toutes les règles du statut personnel de M... furent observées. Et comme aucune d'elles ne l'avait été (le mariage ayant été contracté devant un officier de l'état civil français seulement), le tribunal fit application de l'article 4 du Code civil autrichien et décida que *le mariage célébré en France devant l'officier de l'état civil seulement doit être considéré comme nul, faute d'avoir été suivi de mariage religieux exigé par le statut personnel des époux* (1).

On peut affirmer, avec M. le substitut Mornet, que les deux jugements de la première chambre du tribunal civil de la Seine, du 28 avril 1906 et du 25 novembre 1907, sont entachés du même vice, à savoir de l'interprétation par trop littérale de l'arrêt du 29 mai 1905 précité.

Mentionnons, en passant, un troisième jugement conçu dans le même esprit, d'autant plus curieux qu'il démontre la corrélation qui existe entre les questions du divorce et du mariage des Russes. Deux d'entre ceux-ci avaient vu leur demande en divorce rejetée par le tribunal civil de Caen, sous prétexte que le rabbin est seul compétent pour prononcer le divorce de ses

---

1. *Revue de dr. int. pr.*, 1906, p. 751.

coreligionnaires russes. Mais les époux, qui s'étaient contentés d'un mariage *purement civil*, se trouvaient naturellement fort empêchés de s'adresser au rabbin pour dissoudre une union qu'il n'avait point consacrée. C'est alors qu'ils songèrent à faire prononcer *la nullité de cette union*, comme n'ayant pas été consacrée par l'autorité religieuse et ils formèrent devant le Bureau de Caen une demande d'assistance judiciaire à l'effet d'exercer l'action en nullité de leur mariage.

Le Bureau d'assistance judiciaire de Caen déclara que *le mariage contracté en France par deux Israélites russes devant l'officier de l'état civil était un mariage inexistant*, que, dès lors, point n'était besoin d'en prononcer la nullité, puisqu'il n'existait pas, et il rejeta purement et simplement la demande (1).

Cette jurisprudence ne devait pas, ne pouvait pas durer. La première chambre du tribunal civil de la Seine a, elle-même, adopté une autre manière de voir par son jugement du 26 juin 1912 rendu dans une espèce en tous points analogue à celle des époux Édinson. M. Roitstein qui avait contracté en 1905 mariage devant l'officier de l'état civil du XVIII[e] arrondissement de Paris, avec une Israélite russe, a saisi en 1912 le tribunal civil de la Seine d'une demande tendant à faire prononcer la nullité de ce mariage « parce qu'il n'avait été suivi d'aucune consécration religieuse, alors que, d'après les règles du statut personnel des Israélites russes, aux-

1. Bureau d'ass. jud. de Caen, 23 mai 1911 ; *Rec. Caen*, 1911. 174 (rapporté par M. Mornet, *loc. cit.*).

quelles ils continuent à être soumis en France, le mariage ne serait valable que s'il avait été procédé à sa célébration devant un ministre du culte israélite ».

Cette fois-ci les choses se passèrent autrement qu'en 1907 et le tribunal, après avoir écouté, mais non entièrement adopté les intéressantes conclusions de M. le substitut Mornet que nous analysons plus loin, déclara la demande de M. R... irrecevable, par son jugement du 26 juin 1912, dont voici l'attendu principal :

« Attendu que la sécularisation du mariage constitue un principe d'ordre public en France, qu'il ne peut, dès lors, être question, sous prétexte d'application du statut personnel d'accorder à un Israélite russe, dont la loi nationale ne reconnaît pour le mariage que la forme religieuse des rites déterminés, et qui surtout s'est spontanément et exclusivement soumis à la loi française, le droit, en revendiquant ultérieurement le bénéfice de sa loi nationale, de faire annuler son mariage contracté devant l'officier de l'état civil français selon les formes régulières imposées par le Code civil ; qu'un tribunal, *sans avoir à se prononcer sur la validité ou la nullité d'un mariage ainsi contracté* en conformité avec la loi française et en violation de la loi étrangère, ne peut que déclarer l'étranger, qui en sollicite l'annulation en France, purement et simplement irrecevable dans une telle demande, *par cette considération qu'elle repose sur des motifs d'un ordre tel, qu'une juridiction française doit s'en interdire l'examen* » (1).

1. *Rev. de dr. int. pr.*, 1913. 140. — *Gaz. Pal.*, 17-19 juil. 1912.

Cette décision a marqué une nouvelle évolution de la jurisprudence du tribunal civil de la Seine. *Sans se prononcer sur la validité du mariage*, le jugement a déclaré l'époux irrecevable à en demander la nullité, quand il s'est soumis spontanément et exclusivement à la loi française.

Les conclusions développées par M. le substitut Mornet à l'audience du tribunal civil de la Seine occupent une place marquée dans le débat qui nous intéresse ; aussi allons-nous en donner une courte analyse. M. Mornet s'est attaché à démontrer que les principes consacrés par l'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire Levinçon, ne peuvent régir que le divorce. Au rebours du divorce, a-t-il dit, le mariage est envisagé de la même façon favorable dans tous les pays ; partout il intéresse l'ordre public au même titre, partant le législateur en a fait une institution dont le développement importe au premier chef à l'ordre public. Le divorce, au contraire, peut être envisagé, au point de vue de l'ordre public, d'une façon différente dans chaque pays. C'est pourquoi, pense-t-il, on peut refuser le divorce à des étrangers sans aller à l'encontre d'aucune loi d'ordre public, mais il n'en est pas de même du mariage.

En demandant au tribunal de consacrer la validité du mariage civil des époux R..., M. Mornet dit aux juges : « Vous le pouvez sans aller à l'encontre de ce qu'a jugé la Cour de cassation, car sa jurisprudence ne s'applique qu'au divorce ; et il n'est pas contraire à l'ordre public de refuser le divorce aux étrangers, à qui leur propre loi civile le refuse elle-même. Mais ce serait aller

à l'encontre de l'ordre public le plus absolu que de refuser à des étrangers le droit au mariage sous la seule forme légale que puisse reconnaître la loi du pays où ils résident... Ce serait consacrer la mise hors la loi, et hors la loi naturelle, de toute une catégorie d'individus pour un motif d'ordre confessionnel » (1).

Cette solution a paru, cependant, trop « révolutionnaire » au tribunal civil de la Seine, et celui-ci ne s'est pas demandé si le mariage de R. était nul, *mais seulement si la nullité du mariage pouvait être plaidée devant les tribunaux civils français ;* et il débouta le demandeur, non parce qu'il considérait, comme le Bureau d'assistance judiciaire de Caen, le mariage *nul* ou *inexistant,* mais parce que *l'action en nullité de mariage doit être portée, suivant lui, de même que l'action en divorce, devant les tribunaux rabbiniques russes*. Le tribunal ne l'a pas dit textuellement, mais implicitement, et en jugeant ainsi il a habilement évité l'écueil dangereux. Sa décision est strictement conforme aux principes édictés par la Cour de cassation, ce qui ne veut pas dire qu'elle soit à l'abri de toute critique... (2).

La répercussion de la nouvelle jurisprudence sur la matière du mariage aura donc été de courte durée, et

1. *Rev. de dr. int. pr.*, 1913, p. 134 et suiv.

2. Par son jugement du 27 mai 1913 la 1re ch. du trib. civ. de la Seine a étendu cette décision au cas de deux Israélites, l'un Russe, l'autre Roumain (aff. Rosenzweig). Le tribunal s'est contenté de reproduire presque textuellement les motifs du jugement du 26 juin 1912 précité (*Gaz. des Tr.*, 28 mai 1913. — *Rev. de dr. int. pr.*, 1913, p. 857).

cela est heureux ; c'est déjà assez regrettable qu'elle soit encore maintenue pour le divorce. Les étrangers, dont la loi personnelle ne reconnaît que le mariage confessionnel, pourront se contenter, comme ils le pouvaient toujours en France, de la célébration du mariage civil, sans craindre qu'un tribunal français en conteste jamais la validité.

IV. — Résumé de la nouvelle jurisprudence

On a pu voir, par les chapitres qui précèdent, comment la jurisprudence s'est fixée dans le sens de l'irrecevabilité des demandes en divorce produites par des ressortissants de pays dont les législations réservent exclusivement à l'autorité religieuse ou aux tribunaux ecclésiastiques la connaissance de ces litiges.

L'ensemble de ses décisions nous permet de formuler, comme suit, son système.

Les étrangers en France sont soumis à leur statut personnel pour tout ce qui concerne leur état et leur capacité, ce qui oblige les tribunaux français saisis de litiges de cette nature à faire application aux parties de leur loi nationale, quand elle ne porte atteinte ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs ; et bien que les règles de compétence et les formes de procédure, déterminées par la loi française, soient applicables au cas où les étrangers portent devant les tribunaux français un litige intéressant leur état, ce litige ne peut toutefois être apprécié que d'après la loi nationale des parties.

Par suite, les tribunaux français se trouvent dans l'impossibilité d'en connaître, si les dispositions de ladite loi, soit par la juridiction qu'elles imposent, soit par les conditions de forme ou de fond qu'elles édictent, sont contraires à l'ordre public français. Dans ces diverses hypothèses l'instance doit nécessairement aboutir à une déclaration de non-recevabilité, puisqu'elle ne saurait être jugée, ni d'après la loi étrangère, qui ne peut recevoir son application en France, ni d'après la loi française, qui ne peut lui être substituée.

Il en est ainsi, notamment, quand la loi étrangère enlève la connaissance du litige à l'autorité judiciaire pour la réserver à l'autorité religieuse.

Le principe de la séparation des matières civiles et des matières religieuses, qui est l'une des bases essentielles de la législation française, ne s'oppose pas à ce que le juge français déduise du mariage religieux contracté par des étrangers soumis à une législation différente, les conséquences juridiques qu'y attache cette législation par rapport à l'état des étrangers ; il met, par contre, un obstacle absolu à ce que le juge se substitue à l'autorité religieuse pour dissoudre l'union qu'elle a formée et qui ne laisse pas de conserver son caractère religieux, encore que la loi étrangère en fasse sortir des effets civils.

La règle de séparation du domaine civil et du domaine religieux n'est que d'ordre public interne. Elle s'impose sur le territoire français aux étrangers de toutes les confessions lorsqu'elle se formule en prescriptions de police, comme la loi qui interdit de célébrer le mariage

religieux avant le mariage civil (art. 199 du Code pénal) ou lorsqu'elle détermine la forme des actes, toujours régie par la loi du pays où ils se sont passés, mais, même en France, cette règle ne peut avoir aucune répercussion sur l'état des étrangers, tout ce qui touche à cet état étant d'ordre public international et absolu, au point de faire écarter, en tous pays, les lois qui seraient différentes de celle par laquelle il est régi.

On ne peut donc pas alléguer que le divorce étant admis par les deux pays, la France et le pays auquel appartiennent les parties, une question de procédure différencierait seule les deux législations, et que, conformément à la règle *locus regit actum*, il appartient au tribunal français de faire l'application de sa procédure sans se préoccuper des formes usitées dans le pays étranger pour le prononcé des divorces : il ne s'agit pas là, en effet, d'un conflit portant uniquement sur la procédure, les règles qui, dans le pays étranger, ont soustrait ces matières à la connaissance des juges civils ayant un caractère d'ordre public et touchant au fond même du droit.

On ne saurait soutenir que, le divorce étant en France une institution d'ordre public, les étrangers y résidant seraient en droit d'en revendiquer le bénéfice, car la notion de l'ordre public est purement relative et variable suivant les États, voire dans un même État, suivant les époques ; il n'y a donc pas là un principe absolu dont l'observation s'impose même aux étrangers contre la volonté formelle de leur loi nationale, qui pour eux est impérative.

Il importe peu que le mariage ait été célébré en France par un officier de l'état civil. Vainement prétendrait-on que ce fait impliquerait de la part des époux adhésion à la loi française et volonté formelle de s'y soumettre éventuellement pour la dissolution du lien conjugal. On ne peut présumer l'abandon implicite par les époux des droits et garanties que leur assure leur loi nationale. Une semblable renonciation, à la supposer possible, ne saurait être que formelle et ne pourrait, en tous cas, résulter du simple fait d'avoir respecté, ainsi qu'ils y sont tenus par le fait même de leur séjour en France, une loi de police et de sûreté qui impose le mariage civil et ne tient aucun compte du mariage religieux.

En soumettant leur union aux formes instituées par la loi française, les époux ne peuvent soustraire les conditions de son existence et de sa rupture à l'empire de leur statut personnel.

Les actions en divorce entre étrangers unis par un mariage dont la validité est reconnue dans leur pays, peuvent être portées devant les juges de leur résidence en France, lorsque les sujets de ce pays ont, en vertu d'une convention internationale, le libre accès des tribunaux français.

Le traité franco-russe du 1er avril 1874 (art. 2) accorde aux sujets russes ce libre accès. Rien ne s'oppose en principe à ce que les règles de la compétence et les formes de procédure, déterminées par la loi française, s'appliquent en vertu de cette convention diplomatique aux demandes en divorce formées par des sujets russes devant nos juges; mais ces derniers se trouvent dans

l'impossibilité de connaître d'un tel litige, car la loi russe se trouve, en ce qui concerne cette matière, contraire à l'ordre public français.

Les sujets russes, en France, en se conformant à nos lois, peuvent présenter leurs demandes ou leurs défenses à tous nos degrés de juridiction ; mais évidemment, c'est à la condition que l'intervention de ces juridictions ne soit pas exclue par la loi nationale des parties lorsque la cause comporte l'application de la législation étrangère.

Or, il est établi que la loi russe prohibe formellement l'intervention de la justice civile en matière de divorce. En effet, dans ce pays le mariage est essentiellement un acte religieux. Le divorce, qui entraîne l'annulation de cet acte religieux, est, lui-même, soumis à l'autorité religieuse, et le litige en est porté exclusivement devant les juridictions ecclésiastiques.

En ce qui concerne, notamment, les Israélites russes, la décision de l'autorité rabbinique est nécessaire, aux termes de la loi russe, pour la dissolution du mariage, les rabbins seuls ayant qualité pour dissoudre, comme pour célébrer, le mariage de leurs coreligionnaires (Code civ. russe, éd. 1896, t. XI, 1er partie, art. 1325 et 1328), ce qui enlève aux juridictions civiles russes toute compétence en ces matières.

On ne comprendrait pas, dès lors, comment les tribunaux français pourraient valablement dissoudre de pareilles unions, alors que la loi russe considère l'accomplissement de certains rites cultuels dans le divorce des Israélites, non comme de simples formalités de procé-

dure, mais comme des règles essentielles qui touchen au fond du droit, et que le principe de la neutralité de l'État entre les divers cultes défend aux juges français de s'ingérer dans les matières religieuses, même lorsque le litige ne concerne que des étrangers.

D'ailleurs, le divorce de la loi mosaïque est loin de correspondre au divorce tel qu'il est organisé par la législation française. Alors que d'après le Code civil la dissolution du mariage peut être demandée par l'un ou l'autre des époux, dont les droits sont égaux, dans les mêmes conditions et pour les mêmes causes, la loi judaïque n'admet pas cette égalité. Le mari seul a le droit de répudiation et s'il est vrai que les coutumes ont tempéré la rigueur de la loi écrite, en autorisant dans certains cas la femme à contraindre le mari à la répudier, elle est obligée de recourir au rabbin qui emploie des mesures coercitives, soit pécuniaires, soit même corporelles; et il est permis de se demander, dès lors, en vertu de quel texte de loi un tribunal français pourrait prononcer de pareilles sanctions, afin d'assurer à la femme, demanderesse en divorce, l'exercice de son droit.

Il résulte de tout cela que nos tribunaux n'ont ni qualité, ni pouvoir pour prononcer le divorce entre Israélites russes et doivent renvoyer les parties à se pourvoir, ainsi qu'elles aviseront, devant toute autorité ou juridiction ayant compétence et pouvoir d'après leur statut personnel.

Ces règles sont également applicables aux Russes de

confession orthodoxe, aux Israélites ottomans, aux Grecs et aux Israélites autrichiens.

Les mesures provisoires demandées à l'occasion d'une action en divorce, notamment celles qui concernent la garde des enfants, rentrent dans l'exercice des pouvoirs de police et de protection qui appartiennent, à l'égard des étrangers, aux autorités du pays où ils résident ; dès lors il peut y être pourvu par les tribunaux français, alors même qu'ils n'auraient pas compétence ou qualité pour statuer sur la demande, à l'occasion de laquelle elles sont requises, sauf à eux d'en limiter l'effet au temps nécessaire pour faire statuer sur cette action par l'autorité compétente.

DEUXIÈME PARTIE

Examen critique de la jurisprudence

CHAPITRE PREMIER

Observations préliminaires

On a vu que la nouvelle jurisprudence en matière du divorce des étrangers a été appliquée presque uniquement à des Israélites russes établis en France, ce qui fit considérer, pendant longtemps, cette jurisprudence comme étant une décision d'espèce et comme non-susceptible, par conséquent, de recevoir d'autres applications. Il n'en est rien cependant. La théorie qu'elle consacre *est d'une portée générale*. Il importe, avant d'en aborder l'examen, de mettre en relief ce caractère général.

Il suffit pour cela d'analyser l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mai 1905, auquel les décisions postérieures n'ajoutèrent que peu de chose. Remarquons toutefois

que, dans l'exposé qui va suivre, nous tiendrons compte *de la jurisprudence dans son ensemble* et non pas de cet arrêt seul, qui en est, certes, le document fondamental. Nous verrons, d'ailleurs, que sur quelques points particuliers il existe des divergences entre les différents jugements et arrêts qui forment cette jurisprudence. Ces divergences seront relevées plus loin. On distingue facilement, dans l'arrêt de 1905, des motifs d'espèce et des motifs d'ordre général. Ces derniers sont, d'ailleurs, groupés ensemble dans la partie de l'arrêt qui statue sur le deuxième moyen du pourvoi. Reproduisons-les textuellement :

« Attendu que si les règles de compétence et les formes de procédure déterminées par la loi française sont applicables au cas où les étrangers portent devant les tribunaux français un litige intéressant leur état, ce litige ne peut toutefois être apprécié que d'après la loi nationale des parties ;

» Que, par suite, les tribunaux français se trouvent dans l'impossibilité d'en connaître, si les dispositions de ladite loi, soit par la juridiction qu'elles imposent, soit par les conditions de forme ou de fond qu'elles édictent, sont contraires à l'ordre public français ;

» Que dans ces diverses hypothèses l'instance doit nécessairement aboutir à une déclaration de non-recevabilité, puisqu'elle ne saurait être jugée, ni d'après la loi étrangère, qui ne peut recevoir son application, ni d'après la loi française, qui ne peut lui être substituée ;

» Attendu qu'il en est ainsi, notamment, quand la loi étrangère enlève la connaissance du litige à l'autorité

judiciaire pour la réserver à l'autorité religieuse et la soumet, quant à la forme, à des rites de nature confessionnelle ;

» Que la défense faite par nos lois à nos tribunaux de s'ingérer dans les matières religieuses élève alors une fin de non-recevoir absolue contre l'action dont ils sont saisis ».

Ces motifs, qui ont été diversement interprétés par les auteurs, formulent, à notre avis, le véritable postulat sur lequel repose la nouvelle jurisprudence. Essaons de les analyser.

Personne ne met en doute ce principe que les règles de compétence et les formes de procédure, prescrites par la législation française, sont applicables aux litiges intéressant l'état des étrangers. De ce que l'état de ces derniers est régi par leur loi nationale on ne déduit pas que celle-ci puisse faire échec aux règles de compétence et aux formes de procédure admises par la loi du juge saisi. L'autorité que l'on reconnaît à la loi étrangère sur le territoire français est limitée aux règles de fond. Ainsi, s'agissant du divorce, par exemple, le tribunal français, en supposant qu'il soit compétent conformément aux règles établies plus haut (chap. I[er], p. 21 et suiv.), n'aurait à tenir compte de la loi des parties qu'autant qu'elle admet ou n'admet pas, soit le principe même du divorce, soit le motif du divorce; telle semble bien la conséquence logique de ce principe reconnu par tous les juristes.

L'arrêt nous dit, au contraire, *qu'on doit tenir compte même des règles de compétence et de forme de procé-*

dure déterminées par la loi étrangère ; telle est la signification de la première proposition du texte rapporté.

La Cour en tire la conséquence que la loi étrangère cesse d'être applicable, quand les règles de compétence ou les formes de procédure qu'elle prescrit sont contraires à l'ordre public français.

Le texte dit « les conditions de forme *ou de fond* », mais il ne faut pas s'y méprendre. On est toujours d'accord que la loi étrangère ne peut recevoir aucune application en France, quand les règles de fond qu'elle édicte sont contraires à l'ordre public, tel qu'il est compris en France. La Cour n'entend pas nous rappeler ce principe élémentaire ; elle vise le cas où cette loi considère, comme règles de fond, ce qui n'est que condition de forme pour la loi française.

Mais l'arrêt ne se contente pas de dire que, dans les diverses hypothèses qu'il envisage, la loi étrangère ne peut être appliquée en France ; il ajoute — sans le motiver autrement — que la loi française ne peut lui être substituée. D'où il suit que *l'instance doit nécessairement aboutir à une déclaration de non-recevabilité.*

Nous devons, avant de poursuivre notre analyse, constater une divergence de terminologie que l'on observe dans les différents jugements et arrêts qui se rattachent à la nouvelle jurisprudence. On pourrait croire qu'il s'agit ici moins d'une question de compétence que d'une non-recevabilité. En effet, pour conclure à la non-recevabilité, les juges doivent examiner la loi applicable aux parties et y relever, le cas échéant, des dispositions contraires à l'ordre public français. Or,

il est certain que la question de compétence est la première qui se présente en justice, la détermination de la loi applicable ne venant qu'en second lieu.

Il n'est pas douteux cependant que, dans la nouvelle jurisprudence, les juges procèdent dans l'ordre inverse. C'est ce que relève avec vigueur M. Pillet en disant :

« La vérité est que ces deux questions n'ont presque rien à faire l'une avec l'autre, car elles mettent en jeu des intérêts tout à fait différents. Lorsqu'on s'applique à définir l'effet international d'une loi et à dire si elle appartient au statut réel ou au statut personnel, on pose ce que l'on appelle des règles de fond, des règles auxquelles les intéressés devront, le cas échéant, se conformer, à peine de voir la validité de leurs actes contestés, la stabilité de leurs droits compromise. Rien de semblable dans une question de compétence. Quel tribunal pourra être valablement saisi de telle affaire, voilà le seul point à trancher.

« Et les raisons de décision ne sont point les mêmes dans les deux cas. Ici le législateur ou le jurisconsulte se préoccupera de la nature du rapport de droit et cherchera à donner à chaque loi tout son effet dans les relations internationales d'ordre privé. Là, des considérations toutes différentes le dirigeront. Il s'attachera à demeurer conséquent avec les principes de droit public admis dans l'État qu'il représente ; c'est ainsi que chez nous les sentences des juridictions ecclésiastiques sont dépourvues de tout effet civil. Puis il s'étudiera surtout à mettre la justice à la portée des justiciables et à donner compétence dans chaque cas au tribunal dont la décision

pourra être plus sûrement et plus facilement exécutée : c'est précisément ce qu'a visé l'article 2 du traité du 1er avril 1874. Vouloir lier l'une à l'autre deux questions aussi dissemblables, c'est se condamner fatalement à sacrifier sans nécessité certains des intérêts très légitimes qu'elles engagent (1).

---

1. Note sous Cass., 29 mai 1905. S. 1906.1.161. — La tendance à unir la compétence judiciaire à la compétence législative s'est souvent manifestée dans la jurisprudence. Rappelons, à ce point de vue, un jugement du 16 juillet 1886, par lequel le tribunal civil de la Seine s'est déclaré incompétent d'office pour connaître d'une demande en divorce formée par la comtesse Zamoyska contre son mari, les deux époux étant Autrichiens catholiques. Les motifs de ce jugement font bien apparaître la confusion entre la compétence judiciaire et la compétence législative.

« Attendu que, a dit le tribunal, aux termes de la loi autrichienne, le divorce ne peut jamais être prononcé entre époux appartenant au culte catholique; qu'une semblable disposition serait manifestement inapplicable en France, et qu'un *juge français n'en saurait faire état sans violer le principe essentiel du droit public, qui consacre l'égalité absolue des Français devant la justice, à quelque religion qu'ils appartiennent*; Attendu que le comte et la comtesse Z. étant l'un et l'autre catholiques, il convient *pour la dignité de la justice*, de décliner la connaissance d'un débat où la demanderesse en divorce, ses griefs fussent-ils justifiés au premier chef, ne saurait obtenir les satisfactions qu'elle réclame et que sa loi personnelle lui refuse expressément ». (S. 1892.2.238).

Ainsi, par crainte de heurter un principe essentiel de droit public, les juges ont préféré, en vue de sauvegarder « la dignité de la justice », se déclarer incompétents d'office, alors que le tribunal était compétent en raison des circonstances même de la cause, et spécialement de la résidence prolongée du défendeur en France avant comme après son mariage; le tribunal n'a pas reculé devant le risque du déni de justice; il était, en effet, certain qu'en se déclarant incompétent, il mettait la demanderesse dans l'impossibilité de trouver des juges.

Les juges d'appel ont infirmé ce jugement et ont déclaré le tribunal *compétent*, en disant en même temps que s'il est vrai que la loi autrichienne interdit le divorce entre époux appar-

Il est facile de constater que, dans notre jurisprudence, les deux questions se trouvent, au contraire, liées l'une à l'autre. On se rappelle que le tribunal de la Seine s'est déclaré compétent pour connaître de la demande en divorce de la dame Levinçon. Cela n'était, d'ailleurs, que trop naturel, puisqu'il s'agissait d'époux russes qui avaient « libre et facile accès » des tribunaux de justice français, en vertu de la convention du 1er avril 1874. Néanmoins, c'est la compétence même du tribunal de la Seine que le défendeur contesta, et la Cour de Paris, faisant droit aux conclusions de l'appelant, proclame que : « Le tribunal de la Seine *n'a ni qualité, ni pouvoir pour* prononcer la dissolution du mariage des époux L. » La Cour de cassation approuva cette manière

---

tenant au culte catholique, c'était là une question que le tribunal aurait à décider lors de l'examen au fond, question *qui ne pouvait, à aucun point de vue, faire obstacle à la compétence des tribunaux français,* qui n'ont, en définitive, qu'à respecter, dans leur décision au fond, *le statut personnel* des époux et des règles du droit public français (*loc. cit.*)

Cet arrêt de la Cour de Paris du 26 fév. 1891 est intéressant à ce point de vue qu'il se refuse de faire dépendre la compétence du tribunal de la possibilité d'appliquer la loi étrangère ; les deux questions y sont très nettement séparées. On peut rapprocher du jugement du 16 juillet 1886 l'arrêt de la Cour d'Alger, du 21 avril 1890 (aff. Suissa), dont l'attendu suivant dénote également le désir d'échapper, au moyen d'une déclaration d'incompétence, à l'obligation de refuser l'application d'une loi étrangère, contraire à la loi française : « Attendu encore que le juge français pourrait être entraîné par la force des choses, soit à admettre des solutions contraires, soit à repousser des solutions conformes à la loi française, *notamment en ce qui touche la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs;* que, dans l'espèce, la loi rabbinique, à laquelle les parties sont soumises et qui demeure en vigueur au Maroc n'admet pas la séparation de corps sollicitée par la dame Suissa »... (D. 1892.1.489. — *J. C.*, 1890 646 et 1893. 177).

de voir, en se servant d'une autre formule : « les tribunaux français, dit-elle, *se trouvent dans l'impossibilité d'en connaître* ».

En examinant les différentes décisions judiciaires rendues postérieurement à l'arrêt du 17 mars 1902, on remarque qu'elles ne contiennent pas toujours une déclaration directe d'incompétence. C'est ainsi que, par son jugement du 18 décembre 1902, le plus rapproché en date de l'arrêt de la Cour de Paris, le tribunal de la Seine (3e ch.), fidèle encore aux principes établis, se déclara, au contraire, et cela malgré la prétention du défendeur, *compétent pour connaître d'une demande en divorce entre époux israélites russes ;* et même il a eu soin de motiver sa *compétence* par la double raison : la clause du libre accès accordée aux sujets russes et la non justification par le défendeur « qu'il ait en Russie un domicile et qu'aucune autorité russe puisse être compétente quant à présent dans l'affaire dont s'agit ». Puis, jugeant au fond et adoptant les considérants de l'arrêt du 17 mars 1902, le tribunal renvoya les parties à se pourvoir, comme bon leur semblera, devant les autorités qui, d'après leur loi nationale, peuvent dissoudre leur union ».

C'est la seule décision, à notre connaissance, dans laquelle les questions de compétence et de recevabilité soient aussi clairement séparées. Dans toutes les autres, la confusion est complète. L'arrêt du 21 juin 1910 (aff. Frenkel) dit que le tribunal de la Seine « *n'a pas compétence* pour prononcer le divorce d'entre les époux F..., sujets russes israélites, à la requête et au profit de la

femme. » Un jugement du tribunal de la Seine, du 18 novembre 1911, déclara la dame Rosenbaum *non-recevable* en sa demande (en divorce) et la renvoya à se pourvoir « devant toute autorité ou juridiction russe *ayant compétence* ».

Statuant sur une demande en divorce, toujours entre Israélites russes, le même tribunal (4e ch.) se déclara *incompétent* (jug. du 9 mai 1911, aff. Levin), et la Cour de Paris, (1er ch.), à laquelle ce jugement fut déféré, confirma *l'incompétence*, en disant : qu'une instance de ce genre *échappe* évidemment d'une manière absolue à *la compétence* des tribunaux français (arrêt du 26 déc. 1912).

Enfin, dans un jugement du 13 juillet 1911, la troisième chambre du tribunal civil de la Seine, abandonnant la saine logique qui l'avait guidée dans sa décision précitée du 18 décembre 1902, se déclara *incompétente* pour connaître d'une demande en divorce entre époux russes orthodoxes (aff. Stankevitch), tout en constatant que : 1° les Russes ont libre accès des tribunaux français « pour faire statuer sur toutes les contestations *de quelque nature qu'elles soient* » ; et 2° « qu'au surplus, le défendeur ne justifie pas qu'il ait conservé un domicile en Russie. » On ne saurait se démentir plus complètement.

Et la Cour de Paris, statuant sur l'appel de la demanderesse, trouva la formule suivante qu'on peut considérer comme la plus récente et la plus pure expression de la confusion dont nous parlons ici : « Le tribunal de la Seine, a-t-elle dit, *en principe compétent* à raison de la

convention diplomatique du 1er avril 1874, *n'a ni qualité ni pouvoir* pour prononcer la dissolution du mariage des époux S. ».

Compétents en principe, incompétents en fait, telle est la pensée des juges qu'on peut dégager de leurs décisions, malgré les euphémismes qui y abondent. Force nous est donc de conclure qu'il s'agit, dans notre jurisprudence, d'un nouveau cas d'incompétence jusqu'alors inconnu.

Poursuivons maintenant notre analyse du texte rapporté ci-dessus, dont les trois premières propositions proclament l'incompétence des tribunaux français pour connaître des litiges intéressant l'état des étrangers, quand la loi nationale, qui régit celui-ci, contient des règles de compétence ou de procédure contraires à l'ordre public français.

Les deux dernières propositions appliquent cette règle générale au cas particulier (« il en est ainsi notamment » etc.), quand la loi étrangère donne compétence exclusive à une juridiction religieuse ; c'est là, dans l'hypothèse de la Cour, une règle de compétence contraire à l'ordre public français, les tribunaux ecclésiastiques n'ayant aucune autorité en France.

Il importe de bien préciser cette hypothèse, car les termes de l'arrêt paraissent quelque peu ambigus. Le texte parle, en effet, du cas où la loi étrangère enlève la connaissance du litige à l'autorité judiciaire pour la réserver à l'autorité religieuse *et la soumet, quant à la forme, à des rites de nature confessionnelle.* On peut se demander, si l'impossibilité de connaître du litige

résulte du simple fait que, dans la loi étrangère, ce litige est réservé à l'autorité religieuse, ou bien de ce que la connaissance du litige est liée à l'accomplissement des rites de nature confessionnelle ? La question n'est pas superflue, car il se peut que l'autorité religieuse statuant sur ce litige n'ait recours à aucun rite confessionnel ; et s'il en était ainsi, on devrait se demander si le tribunal français ne serait pas compétent.

Quand on examine, à ce point de vue, les différentes décisions judiciaires qui se sont succédées depuis l'arrêt Levinçon, on est fondé de conclure que ce que l'arrêt interdit d'une manière absolue, c'est le fait même de la substitution de l'autorité judiciaire à l'autorité religieuse.

Une première preuve nous est fournie à cet égard par l'arrêt de la Cour de Paris, du 17 mars 1902, celui-là même qui a fondé notre jurisprudence. Après avoir rappelé que les actions en divorce entre étrangers peuvent être portées devant les juges de leur résidence en France lorsque, par exemple, une convention diplomatique accorde à ces étrangers le libre accès des tribunaux de justice français, l'arrêt formule une triple réserve et dit que le divorce ne peut être prononcé : 1° que si ce mode de dissolution du mariage est autorisé par la loi nationale des parties ; 2° *que si son application rentre d'après cette loi, dans la compétence de l'autorité judicaire ;* et 3° que si les causes invoquées à l'appui de la demande sont admises par la même loi et admissibles en France.

De ces trois réserves, la première et la troisième découlent de la conception même que nous nous faisons

du principe de la personnalité des lois: elles sont donc fondées. Quant à la deuxième, que l'arrêt énonce tout simplement, comme si elle était aussi certaine, elle est en vérité une innovation. Mais on remarquera qu'il n'y est pas question de rites confessionnels. De même, dans un des considérants qui suivent celui-ci, la Cour se contente de déclarer que le principe de la séparation des matières civiles et des matières religieuses « met un obstacle absolu à ce *que le juge français se substitue à l'autorité religieuse* pour dissoudre l'union qu'elle a formée, et qui ne laisse pas de conserver son caractère religieux, encore que la loi étrangère lui fasse sortir des effets civils ».

Il est vrai qu'un peu plus loin l'arrêt mentionne l'accomplissement de rites confessionnels, mais il ne le fait qu'à titre *d'argument subsidiaire*, ce qui résulte des termes mêmes qu'il emploie : « Considérant que ce renvoi (devant l'autorité compétente) s'impose *à plus forte raison encore*, si l'on considère la forme dans laquelle cette dissolution doit, pour être valable, être prononcée ». Il est donc visible que, pour la Cour de Paris, l'argument décisif dans le sens de l'incompétence absolue réside dans le fait que « les lois de l'Empire de Russie s'opposent à ce que le mariage religieux, seul existant d'après ces lois, soit dissous par une autorité ou une juridiction civile », comme elle insiste dans un autre de ses considérants.

L'examen des différents jugements et arrêts intervenus à la suite de celui que nous venons de citer, laisse la même impression, et cette impression devient une

certitude absolue, quand on arrive au dernier arrêt en date, celui de la Cour de Paris, du 26 janvier 1914. Cet arrêt est d'autant plus intéressant à citer qu'il a statué sur une demande en divorce formée, non plus entre Israélites russes comme jusqu'alors, mais entre Russes orthodoxes.

On a montré, à cette occasion, que le divorce des orthodoxes ne nécessite l'accomplissement d'aucun rite cultuel. M. l'avocat général Peysonnié, notamment, a dit : « Est-il exact que le divorce russe orthodoxe nécessite une cérémonie rituelle ? Tous les documents qu'on nous a lus tendent à établir le contraire... D'après tous les avis de jurisconsultes russes qu'on a versés au débat, il est certain que le divorce en Russie est prononcé par un tribunal ecclésiastique et c'est tout ! La sentence est rendue pas des juges ecclésiastiques, mais qui sont des juges, rien que des juges. Il n'y a pas de cérémonies cultuelles !... Il n'est pas contesté qu'en Russie le divorce des orthodoxes est un procès ordinaire avec assignation, débats et plaidoiries devant des juges qui sont des ecclésiastiques et qui forment un tribunal diocésain, nommés par le gouvernement et appliquant des lois civiles qui prévoient le cas du divorce. Donc, il n'y a aucun rapport entre le divorce des orthodoxes russes et le divorce des Israélites. La situation est toute différente » (1).

Cela n'a pas empêché la Cour de confirmer le juge-

1. *Gaz. du Palais* 1914. 1. 255. Nous examinerons dans un autre chapitre les particularités du divorce des Israélites russes.

ment du tribunal de la Seine, du 13 juillet 1911, précisément par le motif que le divorce des Russes orthodoxes « est soumis à l'autorité religieuse, que le litige en est porté, non devant les tribunaux civils, mais devant les juridictions ecclésiastiques, que ce sont les tribunaux diocésains qui statuent sur ces contestations, que la décision accordant le divorce ne revêt un caractère exécutoire qu'après avoir reçu l'homologation du Saint-Synode, lequel exerce, sous l'autorité de l'Empereur, le suprême pouvoir religieux ».

On ne saurait mieux souligner l'idée que le fait qui détermine l'incompétence du tribunal français réside dans la disposition de la loi russe, qui réserve le divorce aux tribunaux ecclésiastiques. D'ailleurs, le jugement du tribunal de la Seine visé ci-dessus a dit en termes explicites que : « *sans qu'il y ait à rechercher si la rupture du lien conjugal entre sujets russes orthodoxes ne peut résulter que de la célébration de rites prescrits par la législation russe*, il est constant que, de par la loi russe, le divorce ne peut être prononcé que par un tribunal ecclésiastique auquel un tribunal de droit commun ne saurait se substituer (1).

Aucun doute n'est donc possible : *d'après la jurisprudence, il suffit, pour qu'un tribunal français doive se déclarer incompétent, que la loi étrangère réserve la connaissance du litige à l'autorité religieuse* (2).

Étant donné la généralité des termes de l'arrêt du

1. *Gaz. du Palais*, l. c.
2. Dans un intéressant travail, intitulé : *Le divorce des Israé-*

29 mai 1905, il n'y a rien d'étonnant que les règles qu'il édicte aient reçu des applications diverses. Toutes les fois qu'un tribunal français, ayant à appliquer au statut personnel des étrangers leur loi nationale constatera que celle-ci réserve à l'autorité religieuse la connaissance du litige qui est porté devant lui, il se déclarera incompétent. Nous avons vu comment la nouvelle règle a été appliquée à des sujets russes de confession orthodoxe, à des Grecs, à des Israélites ottomans. Il est évident qu'elle peut s'appliquer à bien d'autres espèces, les législations qui réservent aux officialités éclésiastiques les contestations relatives au mariage étant encore nombreuses.

Mais les termes de l'arrêt sont généraux, et laissent supposer qu'une règle de compétence étrangère peut être contraire à l'ordre public français à différents points de vue, puisque le cas d'une juridiction religieuse n'y est indiqué qu'à titre d'exemple. On peut en dire autant des formes de procédure.

Et comme, d'autre part, la notion même de l'ordre public est variable, incertaine et obscure, il est permis de dire que la nouvelle jurisprudence est constante.

---

lites russes en France (*Rev. de dr. int. pr.*, 1908-1909), M. Louis Weil donne une interprétation différente de cette jurisprudence ou plus exactement de l'arrêt de la Cour de cassation qu'il s'est contenté d'analyser. Voici ce qu'il écrit à ce sujet : « Il importe d'éviter, dans l'application de cette doctrine, une conclusion qui en fausserait l'esprit. Si l'incompétence du tribunal français s'impose avec cette sorte d'évidence, ce n'est pas parce que, dans la loi personnelle des intéressés, le divorce est prononcé par l'autorité religieuse ; c'est parce qu'il est la dissolution religieuse d'une union religieuse ; en d'autres termes, parce qu'il a, non l'apparence, mais le caractère d'un acte religieux, auquel un tribunal français, pouvoir civil et laïque, ne saurait procéder ».

CHAPITRE II

Critique des principes généraux de la nouvelle jurisprudence.

A. — Conflit de juridictions

L'arrêt, qui est la base de la nouvelle jurisprudence, argue tout d'abord de l'existence d'une juridiction étrangère contraire, par sa nature même, à l'ordre public français.

Cet argument a été vivement critiqué. Il comporte, en effet, une extension imprévue du domaine de la personnalité des lois. Il ne suffirait donc pas d'après ce système que le juge français cherchât dans la loi étrangère le fond du droit litigieux ; il devrait, en outre, tenir compte des dispositions de cette loi, réglementant la compétence juridictionnelle, et il devrait se dessaisir, même d'office, toutes les fois que les textes étrangers lui paraîtront, à ce point de vue même, contraires à l'ordre public français. La Cour de Paris, dans son arrêt du 17 mars 1902, prévoyait bien l'objection qu'on lui ferait ; aussi s'empressait-il de déclarer que : « l'on objecterait vainement que la juridiction civile possède

en France la plénitude de juridiction en matière de mariage et de divorce, abstraction faite de la religion des époux. » La raison en est que « *tout ce qui touche à l'état des étrangers* est d'ordre public international et absolu, au point de faire écarter, en tous pays, les lois qui seraient différentes de celle par laquelle il est exclusivement régi ».

Nous reviendrons sur cette formule ; nous n'en retiendrons pour l'instant que cette conséquence que les règles de compétence et les formes de procédure déterminées par la loi étrangère sont, elles aussi, dans le cas envisagé, d'ordre public international.

M. Pillet caractérise cette doctrine comme une « extension de la théorie du renvoi aux conflits de juridictions. » Jusqu'ici, dit-il à propos de l'arrêt de la Cour de cassation sur le pourvoi de M^me^ Levinçon, le renvoi s'appliquait presque exclusivement au statut personnel et les juges chargés d'appliquer à un individu son statut personnel pouvaient (bien à tort) se croire autorisés à aller chercher, dans la loi nationale de l'intéressé, la définition de ce statut personnel. Avec nos arrêts un pas considérable est fait, qui servira peut-être à démontrer les dangers de cette théorie. La matière du divorce est du ressort du statut personnel, et ici le statut personnel des intéressés est leur loi religieuse. Nos juges ne se contentent pas de dire que cette loi religieuse sera appliquée à des Russes en France, comme elle le serait en Russie, ils veulent *qu'elle leur soit appliquée par la même juridiction*, le tribunal rabbinique, *comme si la désignation*

de la juridiction compétente dépend de la loi applicable à chaque affaire litigieuse (1). »

En liant le fond du droit et la compétence juridictionnelle, notre jurisprudence déroge à un principe certain de droit international privé. A moins d'une convention diplomatique, comme celle avec la Belgique et la Suisse, ayant pour but de déterminer la compétence des tribunaux en certaines matières, une législation étrangère ne peut jamais imposer au dehors ses règles de compétence. Cela se conçoit, puisque le règlement de la compétence tient à l'organisation même de la justice nationale et, par conséquent, à l'ordre public de chaque État (2).

Ce principe ne fait aucun doute. « Les formalités à observer par les parties pour introduire et pour diriger une action devant les autorités, ainsi que les règles à suivre par ces dernières pour rendre une décision — disait Foelix — ne peuvent tirer leur sanction que de la loi du territoire où elles siègent ; sinon, ces autorités dépendraient, dans le fait, de l'État étranger dont les lois leur traceraient les règles de conduite. On ne trouve pas d'exemple qu'une nation ait accordé un effet quelconque dans son territoire aux lois étrangères, concernant la

---

1. S. 1906. 1. 161.

2. Dans ce sens : ouvrages cités *supra*, MM. Despagnet, Surville et Arthuys, Weiss, Audinet, Asser et Rivier. En jurisprudence : arrêt de la Cour d Alger, 7 mars 1898, que nous reproduisons plus loin. — V. aussi *Jurisp. Gén.*, *Lois*, n° 435. — Supp. *Cod.* n° 405, *nouveau Code civil annoté*, art. 3, n° 275, ss.

compétence des autorités et la forme de procéder devant elles » (1).

Par application de cette doctrine, disait-il encore, il faut juger *suivant les lois de chaque nation*, si une cause doit être portée devant la juridiction *ordinaire* ou devant une juridiction exceptionnelle ; en Angleterre ou aux États-Unis, si elle appartient à la juridiction du droit commun ou à celle de l'équité, etc.

La Cour de Paris dit tout le contraire. D'après elle on doit tenir compte des dispositions de la loi étrangère qui imposent un tel ordre de juridictions pour des litiges de nature déterminée.

Son arrêt est conçu en termes généraux et laisse supposer qu'une juridiction étrangère peut être contraire à l'ordre public français, à divers points de vue ; *une juridiction à caractère religieux n'en est qu'un exemple*. On serait curieux d'en connaître d'autres tombant, dans l'esprit de la Cour, sous le coup de cette règle. Dans quels cas, en effet, devra-t-on décider qu'une juridiction étrangère est, par sa conception, par sa nature, par sa composition, par la procédure qu'elle emploie ou par les règles qu'elle suit, *contraire à l'ordre public français ?*

Il n'est pas aisé de répondre à cette question. Nous sommes dans le domaine obscur et incertain de l'ordre public, c'est-à-dire d'une conception créée par les mœurs ou la politique d'une époque, et qu'il est très malaisé de définir et de limiter d'une façon précise et stable. Son

---

1. Fœlix : *Dr. int. pr.*, p. 276.

empire est étendu et extensible, cela seul est sûr. Les auteurs, découragés, ont à formuler à ce sujet une règle ou une énumération quelconque. Somme toute, on s'en remet à l'appréciation des juges du soin de sauvegarder l'ordre public. « Ils devront pour cela, dit M. Weiss, sans cesse avoir l'œil fixé sur le but que le législateur, au nom duquel ils rendent la justice, s'est proposé d'atteindre en prenant telle ou telle disposition (1) ».

Dans ces conditions, le domaine de la règle édictée par la Cour n'a point de bornes. L'organisation judiciaire, dans les divers États, est très variée. Dans les pays démocratiques, la séparation des pouvoirs est formulée dans les Constitutions, et l'indépendance du pouvoir judiciaire est théoriquement assurée. Il n'en est pas ainsi partout. L'inamovibilité des juges n'est pas encore une règle universelle, et même là où elle est prévue, elle ne résiste pas toujours aux passions du moment. Certains pays possèdent des juridictions à forme mixte, mi-civile, mi-religieuse ; dans d'autres, le droit n'est pas encore nettement dissocié de la religion, et les ministres du culte disent la loi, comme dans les temps antiques.

Autant d'hypothèses foncièrement contraires à l'organisation judiciaire française, à l'ordre public français par conséquent. Que décider dans tous ces cas ?

Pour peu que l'on interprète le nouveau principe, posé par la Cour, dans un sens large, on aboutirait à rechercher pour chaque litige intéressant des étrangers

---

1. Weiss, *Man. de dr. int. pr.*, éd. 1914, p. 380.

s'il existe chez nous des juridictions identiques à celles qui sont instituées chez eux pour les mêmes cas. On aboutirait ainsi à l'impossibilité absolue d'accorder la justice aux étrangers, car l'organisation judiciaire, même celle des pays de civilisation équivalente, est rarement semblable. La justice civile ne se trouve pas ailleurs telle qu'elle est organisée en France ; quelques pays de civilisation récente se sont bien appropriés nos Codes et ont imité notre organisation judiciaire, mais ils l'ont naturellement adaptée à leurs conditions sociales particulières. Quant aux nations qui ont suivi avec plus d'indépendance leur évolution propre, leurs conceptions de la justice et leurs juridictions portent, comme de juste, l'empreinte de leur génie national et varient d'un pays à l'autre.

Il n'y a point, il n'y aura vraisemblablement jamais identité sous ce rapport. Il faudrait renoncer au développement des relations internationales, qui est le signe caractéristique de notre époque, si l'on voulait appliquer rigoureusement la règle que la Cour a formulée en des termes aussi généraux.

Ce système, nous le répétons, conduit à faire admettre comme obligatoires pour le juge français, dans certains cas du moins, les lois étrangères sur la compétence et sur la procédure ; il est ainsi en opposition avec le principe fondamental que les règles de compétence et de procédure françaises s'imposent aux étrangers sur notre territoire.

La théorie actuelle de la personnalité des lois, telle qu'elle est préconisée par ses adeptes les plus convain-

cus, ne sacrifie pas les nécessités pratiques à un principe abstrait. Elle comporte des atténuations qui résultent, notamment, de l'application des idées en cours sur l'ordre public international et du respect des règles de compétence et de procédure de chaque pays. « Aller plus loin, — dit fort bien M. Gentet — en faisant absorber, pour la sauvegarde d'une conception purement métaphysique, la compétence judiciaire par la compétence législative ou, ce qui est plus exact, *en détruisant l'une au profit de l'autre*, c'est s'isoler de notre époque, vouloir oublier les nécessités sociales et aboutir en pratique à des conséquences parfois désastreuses pour les intérêts privés » (1).

M. Maurice Bernard s'élève pareillement contre la tendance de nos tribunaux à se déclarer incompétents à l'égard des étrangers, sous prétexte que ce serait empiéter sur la souveraineté étrangère que d'appliquer les Codes civils de nos voisins, en dehors des formes de procédure qu'ils prévoient.

La souveraineté de l'État est respectée, dit-il, par cela seul qu'on applique sa loi. Pour le surplus, s'il y a un intérêt en cause, c'est celui des relations internationales qui exigent prompte justice et qui s'accommoderaient mal des lenteurs qu'entraînerait le renvoi de la procédure devant le tribunal du pays dont la loi doit être appliquée. Cette corrélation de la compétence législative et

---

1. Gentet, *Etude sur les questions d'état et de capacité*. Genève, 1883, p. 40.

de la compétence judiciaire est la négation même de tout rapport international (1).

Faisons à notre sujet l'application de ce qui précède :

Le divorce et la séparation de corps peuvent donner lieu à des conflits de juridictions. Dans de nombreux pays le divorce et la séparation de corps sont prononcés par des *tribunaux civils*. Mais il n'en est pas ainsi partout. En dehors des législations qui réservent la connaissance de ces litiges à des *tribunaux ecclésiastiques*, il en est d'autres qui l'enlèvent également à la justice civile. C'est ainsi que dans plusieurs États le divorce peut être prononcé par une *décision administrative*, notamment par ordonnance royale dans les États Scandinaves. Dans quelques États de l'Amérique du Nord, les actions en divorce sont portées devant le *jury pénal*. On peut mentionner, à titre rétrospectif, qu'avant la loi du 28 août 1857, les Anglais ne pouvaient divorcer *qu'en vertu d'une loi* votée par le Parlement britannique.

Cette diversité des règles de compétence en matière de divorce peut fournir à la nouvelle théorie de la jurisprudence de multiples occasions de s'appliquer, ce qui met une fois de plus en relief ses fâcheuses répercussions.

La Conférence de La Haye a examiné la question, et elle a admis qu'en principe la demande en divorce peut être formée soit devant la juridiction compétente du lieu où les époux sont domiciliés, soit devant la juridiction

---

1. Bernard, *La compétence des trib. fr. à l'égard des étrangers et de l'exécution des jug. étr. en France*, P. 1900, p. 37.

compétente d'après la loi nationale des époux. Ce principe comporte toutefois deux exceptions : 1° La juridiction *nationale* est réservée dans la mesure où cette juridiction est seule compétente pour la demande en divorce ou en séparation de corps, 2° La juridiction étrangère reste compétente pour un mariage qui ne peut donner lieu à une demande en divorce ou en séparation de corps devant la juridiction nationale compétente (art. 5, al. 2 de la Conv. de La Haye, du 12 juin 1902. sur le divorce et la séparation de corps).

La première de ces exceptions se justifie par le fait que certaines législations interdisent à leurs nationaux de divorcer à l'étranger. Ainsi, la législation hongroise admet d'une manière exclusive la compétence de la juridiction hongroise pour les actions concernant le mariage, la séparation de corps et le divorce ; la législation espagnole réserve la juridiction religieuse espagnole pour les mariages canoniques espagnols ; la législation suédoise n'admet pas que les causes de divorce ou de séparation de corps réservées au roi puissent être soumises à des tribunaux étrangers ; il en est de même en Norvège et en Danemark.

Si donc un procès en divorce ou en séparation de corps concernant les ressortissants de ces pays, établis en France, est porté devant un tribunal français, l'incompétence de ce tribunal pourra être soulevée, à raison des prérogatives réservées à la juridiction nationale pour un tel litige.

On voit que la convention de La Haye ne vise que es législations qui contiennent une *réserve explicite* en

ce qui concerne la compétence exclusive de leurs tribunaux en matière de divorce. Il s'en suit qu'en l'absence de toute réserve de cette nature, la juridiction du lieu où les époux sont domiciliés reste compétente. Or, la règle de notre jurisprudence est plus radicale, car, même dans ce cas, les tribunaux français doivent se déclarer incompétents. Ainsi, la loi russe n'interdit pas à ses nationaux de divorcer à l'étranger ; elle ne contient pas de disposition qui vise directement ce cas ; la jurisprudence française décide, dans le silence de la loi russe, que les Russes ne peuvent divorcer en France (1).

Notre jurisprudence apparaît comme plus rigoureuse encore, quand on examine la deuxième exception admise par la Convention de La Haye. Elle vise le cas suivant : un mariage a été célébré devant les autorités civiles conformément aux lois du pays, mais contrairement à la loi nationale des époux qui exige une cérémonie religieuse ; le pays d'origine ne reconnaîtra pas le mariage comme valable (art. 5, 2e al. de la Conv. du 12 juin 1902 sur le mariage). L'application aux époux de leur loi nationale, qui exclut toute juridiction étrangère en matière de divorce, conduirait à ce résultat qu'un tel mariage, nul d'après la loi nationale des époux,

---

1. Il est bon de rappeler que la Russie n'a pas signé la Convention en question. Les décisions de La Haye n'en ont pas moins une certaine importance générale, à titre d'indication. C'est dans ce sens que quelques-uns de nos arrêts s'y sont référés. Il est à remarquer, d'ailleurs, que les délégués russes ont déclaré approuver en principe toutes les clauses relatives au divorce ; mais n'ayant pu signer la Convention relative au mariage, il se sont abstenus de signer celle qui réglait la matière du divorce.

serait particulièrement solide, puisqu'on ne pourrait en demander la dissolution, ni dans le pays d'origine, pour lequel il est inexistant, ni dans les autres pays, à raison de la réserve générale de la juridiction nationale. De là la disposition finale de l'art. 5 de la Convention du 12 juin 1902 sur le divorce et la séparation de corps que nous avons citée plus haut, grâce à laquelle des juges étrangers peuvent statuer sur la demande de rupture des liens conjugaux, formés sur leur territoire sans les solennités requises pour la validité des mariages par la loi nationale des conjoints.

Malgré cette disposition si sage, si logique, notre jurisprudence actuelle rend indissolubles les unions de cette espèce, sous prétexte que la Russie n'a pas signé la Convention de La Haye.

Pourquoi ne pas appliquer à de tels cas des principes généraux, admis par tout le monde?

Notons encore que lorsqu'on discutait aux Conférences de La Haye la question des divorces prononcés, dans certains pays, non par autorité de justice, mais par sentence administrative, l'opinion très nette des délégués français était dans ce sens que ces sentences doivent être reconnues partout, par la raison que *les États contractants doivent respecter mutuellement l'organisation de leurs juridictions* commandées par leurs mœurs et leurs traditions (1).

La solution dont la base se trouve dans les décisions

---

1. L. Renault, *les Conventions de La Haye*, p. 62-64.
Notons que la France a dénoncé les Conventions de La Haye

de la Conférence de La Haye, est, de toute évidence, la seule qui soit conforme aux principes et au but même du droit international privé. Elle devra, par la force des choses, triompher un jour prochain, et le divorce entre étrangers sera valablement prononcé par les juridictions compétentes en cette matière d'après les lois du pays où l'action est portée sous la réserve des cas où la loi nationale des parties en attribue exclusivement la connaissance aux autorités de leur pays.

B. — Distinction entre le fond du droit et la procédure

L'arrêt de la Cour Suprême, du 29 mai 1905, déclare que les dispositions des lois étrangères peuvent être contraires à l'ordre public français, non seulement par la juridiction qu'elles imposent, mais aussi *par les conditions de forme* ou de fond qu'elles édictent. Dans ce cas encore l'instance devra « nécessairement aboutir à une déclaration de non-recevabilité ». Si les règles de compétence et de procédure établies par les lois françaises gouvernent en général les étrangers plaidant en

---

(*Journal officiel* du 13 décembre 1913). Les motifs de cette dénonciation ne doivent pas être attribués à des objections contre le texte des traités, mais au fait que la France a considéré que certains États (notamment l'Allemagne) perdent de vue le vrai caractère de droit privé de ces dispositions conventionnelles et, en appliquant certaines d'entre elles, croient devoir tenir compte de considérations de droit public (Déclaration du min. des aff. étr. des Pays-Bas à la séance de la seconde Chambre des États généraux du 8 déc. 1913. (V. *Revue de dr. int. pr.*, 1913, p. 926).

France, il ne s'en suit pas que le juge français ne doive tenir aucun compte de celles qu'imposent aux étrangers leurs lois nationales.

La phraséologie employée (« conditions de forme ou de fond ») signifie que le juge français doit examiner tout d'abord si la loi de l'étranger considère les règles établies par elle comme étant ou n'étant pas de pure forme. Dans le premier cas, qui est le cas général, nos propres règles peuvent être considérées comme en constituant l'équivalent et le juge français se reconnaîtra compétent pour statuer sur le fond, en appliquant à la solution du litige les dispositions de la procédure française. Dans le second cas, au contraire, c'est-à-dire si la loi étrangère regarde les prescriptions établies par elle comme touchant au fond du litige, par suite comme essentielles, le juge français devra se déclarer incompétent pour statuer sur le fond, toutes les fois qu'il ne saurait, en raison de leur caractère spécial, employer les formes édictées par la loi étrangère (1).

Un arrêt de la Cour de Paris, du 21 juin 1910 (affaire Frenkel), le dit expressément. La Cour se déclare incompétente « parce que la loi russe considère l'observation des rites cultuels, non comme de simples formalités de procédure, mais *comme des règles essentielles* qui touchent le fond. » C'est une renonciation pure et simple du juge français, au profit du législateur étranger, à son droit, sinon à son devoir d'examiner les rapports de droit conformément aux conceptions de sa propre légis-

1. V. note sous arrêt Cass., 29 mai 1905. (D. 1905. 1. 363).

lation. On rencontrerait difficilement, dans la jurisprudence antérieure, l'exemple d'une telle abdication.

Rappelons que les arrêts visent tous les litiges intéressant l'état des étrangers, et non pas seulement le divorce. Pour tous les litiges de cette catégorie la jurisprudence consent, suivant les vues du législateur étranger, à ne faire aucune distinction entre le fond et la forme des actes, et à appliquer les règles imposées par ledit législateur à ses nationaux en ce qui concerne tant le fond que la forme, sans tenir compte de ce fait que ces règles sont en contradiction avec les nôtres.

Ce nouveau système qui va à l'encontre des idées jusqu'alors en faveur a fait l'objet d'une critique pénétrante de M. Bartin. Il observe qu'en général on peut dissocier le fond du droit et la procédure de telle sorte que l'un dépende d'une certaine loi et l'autre d'une autre. Quand il s'agit d'une institution de droit étrangère, c'est par *les règles de fond* qui la régissent, et non point par sa forme que nous devons la caractériser, parce que, en général, à nos yeux, une institution ne se caractérise que par ses règles de fond. Il s'agit d'apprécier l'institution du divorce dans le statut personnel des Israélites russes pour appliquer à cette institution des règles de conflit et non pas d'autres, ce sont seulement nos procédés de classification et d'analyse des institutions que nous devons employer. « Peu importe, continue M. Bartin, que pour les jurisconsultes russes, l'institution se caractérise par ses règles de fond, c'est *leur système de qualification, ce n'est pas le nôtre* et, du moment qu'il s'agit de faire entrer l'institution dans le cadre de nos

classifications juridiques pour lui appliquer nos règles de conflit, c'est notre qualification qui l'emporte nécessairement sur la leur (1).

Telle est, en effet, la nature de ce conflit particulier, du conflit de qualifications, qui surgit toutes les fois que deux États, tout en s'accordant sur *le principe de la solution* applicable, ne s'accordent pas sur son *application* à tel ou tel rapport de droit. C'est ainsi que la France et la Russie seront d'accord pour décider que le fond du droit, dans les questions de famille, est régi par la loi nationale des parties et les questions de forme par loi locale. Mais elles ne s'accordent plus quand il s'agit de savoir, par exemple, si l'intervention du rabbin dans

---

1. Note de M. Bartin sous l'arrêt du 17 mars 1902 (D. 1903.2.49). Sur la théorie des qualifications, v. Bartin, *Etudes de dr. int. pr.* 1899, p. 1-82.

En ce qui concerne le conflit des qualifications en droit international privé, la doctrine de M. Bartin est contredite par M. Despagnet (v. *J. C.*, 1898, p. 253, *Des conflits des lois relatifs à la qualification des rapports juridiques*), qui conclut, au contraire, qu'en cas de conflit entre *la lex fori* et la loi nationale de l'étranger, la première doit admettre, en principe, la qualification consacrée par la seconde. Nous n'avons pas à entrer dans l'examen de cette controverse. Remarquons toutefois que tout en concluant, contrairement à M. Bartin, que les qualifications des rapports juridiques sont déterminés, non par *la lex fori*, mais par la loi reconnue applicable à ces rapports juridiques, M. Despagnet dit : « Toutes les fois que la qualification donnée par le législateur à un rapport juridique intéresse son ordre public, il est très exact de dire que cette qualification doit prévaloir contre toute autre qui serait donnée au même rapport par un législateur étranger et, par voie de conséquence, que la loi à appliquer pour le premier législateur est seulement celle qui répond à la qualification du rapport adopté par lui (*Précis de dr. int. pr.*, 5e éd., p. 355).

le divorce des Israélites est une question de fond ou de forme.

Les conflits des qualifications sont assez fréquents en droit international privé, et notamment en matière de questions d'état. Il en est un, pour ainsi dire permanent, entre les lois civiles et les lois confessionnelles sur les conditions du mariage. Celles-ci considèrent, contrairement à celles-là, toutes les formalités extérieures du mariage comme participant aux règles de fond. Tranchant ces difficultés dans le sens le plus favorable à la fondation d'une famille nouvelle, le législateur français fait régir les formes de célébration par la règle *locus regit actum ;* par suite, *les Français peuvent se marier valablement* à l'étranger, en observant les formes de célébration locales, quelles qu'elles soient (art. 170 du C. civ.).

Le bon sens et la logique doivent, semble-t-il, conduire à appliquer cette même règle au mariage des étrangers en France. Or, on a vu que les tribunaux français ont déclaré nul le mariage civil contracté en France par des étrangers parce que, contrairement à leur statut personnel, il n'était pas suivi de la consécration religieuse (1). Il est vrai que, par la suite, cette jurisprudence erronée fut abandonnée. Mais on se souvient que les jugements réagissant contre ces déplorables errements évitèrent de déclarer valable le mariage célébré par des étrangers en France dans les formes

---

1. Trib. Seine, 25 nov. 1907, même Trib., 28 avril 1906. — Bureau ass. jud. Caen, 23 mai 1911, (v. *Supra*, chap. II).

civiles seules, et qu'ils se contentèrent de dire que ces étrangers ne peuvent demander à un tribunal français d'en prononcer la nullité (1). Nos tribunaux français sont apparemment portés à interpréter la nouvelle doctrine consacrée par l'arrêt de la Cour Suprême dans un sens plus large qu'il ne le comporte peut-être.

« Or, — dit M. Clusel — les tribunaux ne trouvent-ils pas dans notre droit français des prescriptions de droit international imposant en France, en matière de mariage, l'intervention de l'officier de l'état civil seul et en matière de divorce celle exclusive des tribunaux français ? A notre avis, l'affirmative s'impose. Si l'on se rappelle que, dans le droit antérieur à la Révolution, la loi française considérait l'intervention de *l'autorité religieuse comme une formalité, et non pas comme étant de l'essence même du mariage*, et que, dans le droit moderne, elle a consacré le même point de vue, on trouve là une première raison pour que la forme laïque française du mariage l'emporte en France, aux yeux du juge français, sur la forme religieuse étrangère dans le conflit des qualifications. En effet, cette forme religieuse, bien que qualifiée de condition de fond par le législateur étranger, ne peut rester pour le juge français que ce qu'elle est en France : une formalité. *En cette qualité, elle cesse de se rattacher au statut personnel des étrangers* qui doivent, en conséquence, être soustraits à son

1. Tr. Seine, 26 juin 1912 (v. *Supra*, chap. II et conclusions de M. le substitut Mornet).

observation sur notre territoire. Non seulement le législateur français a ainsi qualifié la cérémonie du mariage, mais il a, d'autre part, voulu ignorer en législation le mariage religieux, et il a élevé ce principe à la hauteur d'une règle d'ordre public international (1).

En ce qui concerne spécialement la procédure du divorce, il était toujours admis qu'on ne devait, à cet égard, tenir aucun compte de la procédure étrangère. MM. Vraye et Gode formulent cette règle avec beaucoup de force: « Les règles de la procédure sont propres à chaque pays ; *elles correspondent à l'organisation judiciaire et administrative.* Elles s'imposent donc à l'étranger. La procédure spéciale du divorce et de la séparation de corps doit donc être suivie en France par les étrangers en instance de divorce ou de *séparation sans qu'il y ait lieu de tenir compte des formes* usitées ou prescrites dans leur pays (2).

Cette doctrine est d'ailleurs en accord parfait avec la jurisprudence antérieure. Plusieurs jugements la formulent en termes exprès : « Attendu, lisons-nous, dans l'un d'eux, que la législation étrangère sur les points du

---

1. Cluzel, *le Mariage et le Divorce confessionnels des étrangers en France (J. C.*, 1909, p. 27).

2. Vraye et Gode, *du Divorce de la Séparation de corps*, P. 1887, t. II, n° 932. — Ce qui confirme indirectement cette règle, c'est que la jurisprudence qui, pendant longtemps, décidait que les tribunaux français étaient seuls compétents pour statuer sur une question d'état concernant les Français résidant à l'étranger s'est rendu compte du mal fondé de telles sentences ; des décisions plus récentes ont accordé *l'exequatur* à des jugements étrangers statuant en matière d'état, entre plaideurs français, alors que la loi française avait été respectée.

statut personnel ne doit être prise en considération par les tribunaux *français que pour la question de fond*, mais que, pour celle de forme et de procédure, c'est la loi du lieu où se plaide l'affaire qui doit être observée »... (1).

L'arrêt bien connu de la Cour de Lyon, du 23 février 1887, pousse même très loin le mépris des formes étrangères. Il résulte implicitement de cet arrêt qu'il n'est pas dérogé à la règle que le statut personnel est appliqué aux étrangers plaidant en France, lorsque ce statut personnel admet des *institutions analogues ou identiques à celles de la loi française.*

Il s'agissait, dans l'espèce, d'une demande de conversion en divorce entre une Française d'origine et un Alsacien. La demande avait été formée par la femme, et le défendeur soutenait en appel que l'article 310 du Code civil de 1804, resté en vigueur en Alsace-Lorraine longtemps après l'annexion, édictait que la conversion en divorce de la séparation de corps peut être demandée seulement par l'époux contre lequel elle a été prononcée. La Cour a déclaré cette opposition non-justifiée au fond, par des motifs qui, à plusieurs points de vue, touchent à notre sujet. Nous croyons utile de reproduire ici la partie essentielle de cet arrêt.

« ...Considérant que les tribunaux français prononçant sur des contestations entre étrangers, même en leur appliquant leur loi nationale, *n'en conservent pas moins*

---

1. Trib. civ. de Vesoul, 15 déc. 1896 ; *J.* C., 1897.335

le droit absolu d'astreindre ces litiges aux règles de procédure prescrites par notre Code. Qu'il n'y a pas de raison pour décider autrement au regard de modes spéciaux à notre *législation et par l'emploi desquels le but final, auquel tend l'action, peut-être atteint sous la condition seule que le résultat définitif ne soit pas interdit par le droit national de l'étranger plaidant, ou en flagrant désaccord avec lui.* Considérant que la demande de séparation de corps en divorce, et dont l'initiative est accordée par la loi française aux deux époux, *n'est en réalité qu'un mode particulier d'obtenir la rupture complète du lien conjugal.* Qu'il ne diffère de l'action directe en divorce dont l'exercice serait sans conteste acquis à la dame Fritsch, que par sa simplicité ;... Considérant, d'ailleurs, que le divorce est de droit privé et non public, puisqu'il ne concerne que le droit des conjoints. Que rompant complètement les liens du mariage, il opère dans la condition civile des époux des modifications qui produisent un véritable changement d'état. Qu'à ce titre, il rentre essentiellement dans le statut personnel, *mais que, sous un autre rapport, comme il intéresse la morale publique et l'ordre social, qu'il touche aux mœurs nationales, le divorce doit nécessairement, au moins dans une certaine mesure, tomber sous le coup de la loi territoriale.* Considérant qu'il en a été ainsi décidé en Allemagne, où c'est de doctrine et de jurisprudence que le seul juge compétent pour prononcer le divorce est le juge du domicile et qu'il ne peut appliquer que sa propre loi, *la lex fori ; Considé-*

rant qu'à ces raisons théoriques et de réciprocité viennent se joindre encore des circonstances de fait qui ne manquent pas de valeur, *que les parties résident depuis longtemps en France, qu'elles y ont leur principal établissement ; qu'elles se sont mariées dans les formes et sous le régime de la loi française* : que la femme devenue étrangère réclame l'application de cette loi ; et qu'on ne voit pas bien la raison qui ferait repousser sa demande pour accueillir celle du mari, qui prétend s'abriter sous la loi régissant, d'après lui, son pays d'origine » (1)...

Qu'il y a loin de cet arrêt à celui du 17 mars 1902 ! La Cour de Lyon n'aurait pas dit, croyons-nous, à Mme Levinçon, que la procédure du divorce édictée par la loi russe est l'essence du droit, que le juge français est dans l'obligation d'en tenir le plus grand compte, que ne pouvant l'appliquer en France il doit se dessaisir, et cela bien que les parties résident depuis longtemps en France et y ont leur domicile, bien qu'elles avaient contracté mariage en France, et malgré l'origine française de Mme Levinçon.

C. — Application des règles de l'ordre public.

Revenons à l'arrêt du 29 mai 1905. On se rappelle que, dans les diverses hypothèses qu'il envisage et que

---

1. *J.* C. 1887, p. 469.

nous venons d'examiner, c'est-à-dire quand les règles de compétence et les formes de procédure instituées par la loi étrangère *sont contraires à l'ordre public français*, l'instance doit aboutir nécessairement à une déclaration de non-recevabilité, car non seulement cette loi ne saurait être appliquée en France, mais encore la loi française *ne peut lui être substituée*.

Les principes généraux développés plus haut nous conduisent, au contraire, à conclure que, dans ces hypothèses, l'instance ne doit pas aboutir à une déclaration de non-recevabilité. Dès l'instant où *le principe de l'action* intentée par le plaideur étranger est admis à la fois par sa loi nationale et par celle du juge saisi, et que les deux lois ne se distinguent l'une de l'autre qu'au point de vue de leurs conceptions différentes de la compétence judiciaire et de la procédure, la demande est recevable. Le juge saisi est *fondé à substituer, au nom de son ordre public, ses règles de compétence et ses formes de procédure* à celles qui sont instituées par la loi étrangère et auxquelles le législateur étranger attache, lui aussi, le caractère d'ordre public. Le principe de la personnalité des lois n'est nullement violé.

Dans notre système, qui est celui de la compétence générale des tribunaux français à l'égard des étrangers, combinée avec le principe de la personnalité des lois, l'exception de *non-recevabilité* aura bien sa place, mais à titre exceptionnel seulement, dans deux séries d'hypothèses différentes.

Toutes les fois que la demande du plaideur étranger *sera contraire à sa loi personnelle*, elle sera déclarée

non-recevable. C'est ainsi que le divorce sera refusé aux Espagnols, aux Portugais, aux Polonais catholiques romains; que la séparation de corps ne pourra être prononcée entre Russes orthodoxes ; qu'un jugement de conversion ne pourra être obtenu par un sujet hollandais dont la séparation de corps remonte à moins de cinq ans, etc...

D'autre part, l'étranger qui pourrait porter compétemment son litige contre un autre étranger devant la juridiction française sera non-recevable dans sa demande, quand l'action qu'il intente repose sur son statut personnel, qui est en *opposition avec l'ordre public français*. C'est pour cela qu'avant la loi de 1884 il était impossible d'obtenir en France le divorce; c'est ainsi encore qu'à présent les tribunaux français ne peuvent admettre comme cause de divorce l'incompatibilité d'humeur ou la maladie de l'un des conjoints, etc...

Les deux séries d'hypothèses envisagées se distinguent l'une de l'autre par ce que dans un cas c'est *la loi étrangère* qui rend la demande non-recevable, alors que dans l'autre cas, c'est, au contraire, *la loi du juge saisi* qui s'oppose à ce qu'elle soit accueillie.

L'hypothèse de notre jurisprudence se distingue essentiellement des deux précédentes, puisque le fond du droit litigieux se retrouve dans les deux législations (le divorce est admis par la loi française comme par la loi russe ; la séparation de corps peut être obtenue en France comme en Espagne, etc.), mais les législations se séparent sous le rapport, soit de la juridiction qu'elles impo-

sent, soit des conditions de forme ou de fond qu'elles édictent.

Or, notre arrêt décide que même dans ce cas la demande n'est pas recevable, sous prétexte que les dispositions de la loi étrangère sont contraires à l'ordre public français. L'ordre publie dont il est ici question s'entend, naturellement, dans le sens de l'ordre public *international* ou absolu, qui s'impose aux étrangers aussi bien qu'aux Français.

Or, telle n'est pas la fonction ordinaire de l'ordre public international dans le conflit des lois, *qui est une fonction positive par essence.* Il a parfois, cela est vrai, une fonction négative, quand il écarte un acte valable d'après la loi étrangère, par exemple un contrat autorisé à l'étranger, mais illicite d'après la loi française (1). Mais normalement le juge ne se contente pas d'écarter la loi étrangère ; *il lui substitue la sienne* en vue du but que le législateur s'est proposé d'atteindre en prenant telle ou telle disposition (2).

« Si ce but a été de pourvoir à l'intérêt général, ou tout au moins à l'idée parfois erronée que le législateur s'en est faite, sous le rapport économique, moral ou religieux, et que cet intérêt général semble avoir été compromis par l'application d'une législation étrangère, *le juge ne doit pas hésiter à laisser cette dernière de*

---

1. Despagnet, *Précis de dr. int. pr.*, 5e éd., p. 365.

2. C'est encore une substitution qu'il fait, quand il refuse, par exemple, de prononcer le divorce entre étrangers pour une cause qui n'est pas admise par la loi française.

côté et à trancher par la lex fori *le différend dont il est saisi* » (1).

Dans une de ses remarquables études de droit international privé, intitulée : *Les Dispositions d'ordre public* (2), M. Bartin, après avoir distingué trois sortes de dispositions légales, les dispositions pénales, les dispositions de police, et *les dispositions d'ordre public proprement dites*, ne fait entrer dans la théorie de l'ordre public *international* que ces dernières. Cette théorie, dit-il, est une théorie d'un caractère purement civil. « Elle se résout en une série d'exceptions apportées par chaque législation aux règles ordinaires du conflit que cette législation admet. Le juge qui rend la justice au nom de cette législation substitue exceptionnellement ses dispositions, considérées comme dispositions d'ordre public, aux dispositions de la loi étrangère qui serait normalement applicable au rapport du droit litigieux si l'on s'en tenait aux règles ordinaires de conflit que la législation du pays du juge consacre elle-même » (3).

Il montre ensuite, par une abondante revue de la jurisprudence française et étrangère, *la constance et l'universalité* de cette règle, qui trouve son application dans les différentes théories dont le droit international se compose : capacité des personnes, régime des biens, forme des actes, obligations d'origine conventionnelle

---

1. Weiss, *Man. de dr. int. pr.*, P. 1914, p. 380.
2. Bartin, *Études de dr. int. pr.*, P. 1899, p. 189 et suiv.
3. *Loc. cit.*, p. 190.

ou délictuelle, droits de famille et système de patrimoine. Le trait commun de toutes les décisions judiciaires analysées est celui-ci : « Invariablement l'influence de l'ordre public s'y fait sentir en obligeant le juge auquel est soumis un rapport de droit quelconque à exclure de ce rapport la loi étrangère, qui devrait normalement s'y appliquer, si l'on s'en tenait aux règles ordinaires du conflit que la législation du pays du juge reconnaît et sanctionne, *pour y substituer exceptionnellement et arbitrairement les dispositions correspondantes de sa propre loi* » (1).

M. Bartin ne se contente pas de constater l'existence de cette règle : il en donne une explication originale et subtile qui s'adapte on ne peut mieux au sujet spécial que nous traitons. « Quand le juge d'un pays, dit-il, refuse exceptionnellement d'appliquer à un rapport de droit donné la loi d'un pays étranger, qui fait partie de la communauté internationale, parce que cette loi, d'ailleurs normalement compétente, est contraire à l'ordre public de son pays, il raisonne, au point de vue juridique, absolument comme il raisonnerait pour refuser d'appliquer à un rapport de droit donné la loi normalement compétente d'un pays étranger, qui ne fait pas partie de la communauté internationale. Dans l'un et l'autre cas, en effet, il méconnaît volontairement les dispositions d'une loi étrangère normalement applicable aux rapports de droit litigieux, *parce qu'il ne doit pas*

1. *Loc. cit.*, p. 193.

collaborer à leur application sur le territoire de l'État au nom duquel il rend la justice. Les dispositions de cette loi ne méritent pas de bénéficier sur ce territoire des règles ordinaires des conflits des lois, parce que ces règles se rattachent à une présomption de communauté juridique entre l'État auquel appartient la loi normalement compétente, et que toute présomption de ce genre est précisément exclue par le caractère de ces dispositions dans la première hypothèse, par l'origine de cette loi dans la seconde » (1).

Pour nous résumer sur ce point, nous disons, en nous servant de la distinction faite par M. Bartin, qu'à côté des dispositions pénales et des dispositions de police, les dispositions dites d'ordre public international ou d'ordre public proprement dit forment une atténuation exceptionnelle du principe de la personnalité des lois. L'exception que, par la force des choses, on est amené à admettre au grand principe général, doit s'entendre en ce sens que, dans ces hypothèses, la loi étrangère s'efface devant la loi territoriale du juge saisi. C'est cette dernière qui alors reprend son empire et devient seule applicable.

Décider le contraire, c'est-à-dire se dessaisir, au nom de l'ordre public, d'un litige porté devant un tribunal compétent par des étrangers, c'est, en somme, répéter l'erreur du jugement du tribunal civil de la Seine du 16 juillet 1886 que nous avons rappelé plus haut ; c'est

---

1. *Loc. cit.*, p. 191.

généralement commettre un déni de justice et contrevenir à une règle d'ordre public incontestable, à savoir : que « l'ordre public exige que tout plaideur puisse trouver des juges et que toute contestation puisse être légalement déférée à une juridiction certaine » (1).

L'arrêt critiqué a encouru un reproche encore plus grave, si possible. Pourquoi fait-il appel aux nécessités de l'ordre public pour justifier sa décision ? On ne le comprend guère à première vue. Mais la Cour de Paris d'abord, la Cour Suprême ensuite, constatent que la loi étrangère, la loi russe en l'espèce, qui réserve à une juridiction exceptionnelle (le tribunal rabbinique) le divorce des Israélites, et qui considère comme essentielles les formes de ce divorce, *est en Russie d'ordre public.* Or, cette disposition d'ordre public *de la loi russe* est contraire — ce qui n'est pas contestable — à l'ordre public français. L'arrêt en conclut que le tribunal français n'a pas qualité pour connaître d'un pareil litige. M. Pillet proteste en des termes particulièrement vigoureux contre ce raisonnement.

« Jusqu'à ce jour on nous a enseigné, et nous avons enseigné nous-mêmes, que les lois d'ordre public international, comme les lois de police et de sûreté, *sont territoriales,* ce qui veut dire que sur le territoire où elles sont en vigueur elles s'appliquent aux étrangers comme aux nationaux et, inversement, qu'au delà de ce territoire elles n'ont plus d'application à personne. C'est ce que dit l'article 3, § 1 du Code civil, c'est ce que

1. Dijon, 7 avril 1887 (*J.* C. 1888-87).

répètent tous les auteurs, c'est ce qu'ont admis jusqu'ici tous les arrêts. Seul notre arrêt fait exception et peut s'analyser ainsi. En Russie, il est d'ordre public que le divorce des Israélites soit prononcé par le rabbin ; en France, il est d'ordre public que le divorce des Israélites soit soumis aux tribunaux civils. S'agissant d'Israélites russes nous leur appliquons la loi d'ordre public russe. Et ainsi, les lois d'ordre public, de territoriales qu'elles étaient jusqu'ici, deviennent tout d'un coup personnelles, sans que ce passage, à coup sûr scabreux, ait altéré le moins du monde la sérénité de nos magistrats.

« Pour notre part, nous l'avouons humblement, nous renonçons à y rien comprendre. Nous avions toujours cru que, si certaines lois étaient qualifiées d'ordre public, c'était que leur application importait au maintien de l'ordre dans l'État ; il en résulte à titre de conséquence naturelle la soumission des étrangers aussi bien que des nationaux à de pareilles lois, étant évidemment inadmissible que l'on donne autorité à des lois étrangères qui pourraient compromettre l'ordre public en France. Cela, nous le comprenons, mais ce que nous nous refusons à comprendre, c'est que, entre deux lois garantissant, l'une l'ordre public en France, l'autre l'ordre public en Russie, la Cour, au mépris des principes et, ce qui est plus grave, au rebours du bon sens, ait choisi, pour l'appliquer en France, la loi d'ordre public russe » (1).

M. E. Naquet n'est pas moins catégorique. « Nous

1. Note sous Cass. 29 mai 1905, *loc. cit.*

ne parvenons pas à comprendre, dit-il, comment l'ordre public français serait violé parce que des juges civils trancheraient une question de divorce entre étrangers... La loi russe décide que le divorce entre Israélites est de la compétence du rabbin. C'est là un principe d'ordre public russe, mais non d'ordre public français... *Les lois d'ordre public interne sont essentiellement nationales.* Nos tribunaux n'ont pas à tenir compte de l'ordre public russe » (1).

On ne peut davantage souscrire au raisonnement de l'arrêt, si l'on se place au point de vue spécial de la question du divorce. Pour le montrer, nous ne pouvons mieux faire que de citer l'opinion autorisée de MM. Vraye et Gode qui ont consacré à cette question un paragraphe intéressant. Ils traitent dans ce paragraphe *du divorce entre Français prononcé à l'étranger.*

« Il va de soi, disent-ils, que le divorce ou la séparation de corps prononcés à l'étranger n'en soient pas moins valables, parce qu'on aurait suivi les formes prescrites par la loi étrangère. La procédure, organisée par nos lois, ne saurait être imposée aux tribunaux étrangers ; il est donc impossible de reprocher aux époux français jugés par ces tribunaux de ne pas l'avoir suivie. On ne manquera pas, cependant, de nous objecter que quelques-unes des formes de la procédure du divorce et de la séparation ont été *édictées dans un intérêt d'ordre public.* Or, nous dira-t-on, la loi française ne peut recon-

1. Note sous arrêt Cass., 29 juillet 1912 (S. 1913. 1. 425).

naître comme valables des jugements prononcés à l'étranger en dehors des formes protectrices édictées par nos Codes dans un intérêt d'ordre public. Mais cela n'a de raison d'être que parce que la procédure spéciale organisée par la loi du 18 avril 1886 forme un tout, un ensemble raisonné, une suite de formalités à observer dans un ordre méthodique et établie avec des vues d'ensemble. Il n'est pas possible de détacher de cet ensemble quelques-unes des formalités pour exiger que les Français les observent devant les tribunaux impuissants à les admettre. *Les questions de divorce et de séparation intéressent l'ordre public aussi bien à l'étranger qu'en France, chaque nation les a réglementées et le respect des formes établies dans l'État où le jugement a été rendu est tout ce que l'on peut exiger des Français qui ont sollicité un jugement hors de leur patrie* » (1).

Cette solution logique, qui est à la fois conforme aux principes et aux nécessités pratiques, devrait être appliquée en tous points au divorce des étrangers en France; le principe de réciprocité, auquel on fait une place si large dans les relations internationales, doit être invoqué dans cette matière autant, sinon plus, que dans toute autre.

D. — Religion et Droit

Nous avons suivi jusqu'ici le raisonnement de l'arrêt de la Cour de cassation pour ainsi dire pas à pas en

1. Vraye et Gode, *loc. cit.*, t. II, n° 919, p. 454.

démontrant que ses prémisses sont contraires, à la fois, à une constante doctrine et à une jurisprudence antérieurement bien établie ; mais quoique sa large rédaction semble en faire une théorie générale, son importance pratique se réduit, en réalité, aux litiges dont la loi étrangère enlève la connaissance à l'autorité judiciaire pour la réserver à l'autorité religieuse, et qu'elle soumet, pour ce qui touche la forme, à des rites de nature confessionnelle.

C'est dans cette application spéciale que les deux arrêts rendus dans l'affaire Levinçon ont édifié les nouvelles théories du conflit de juridictions, du conflit de qualifications et de l'ordre public international à effet extra-territorial, que nous avons examinées aux paragraphes précédents. « On ne pouvait sans excès évident élever cette doctrine à la hauteur d'une idée générale, dit fort bien M. Pillet, il fallait la tirer des particularités de l'affaire » (1).

Le conflit que la nouvelle jurisprudence a visé est celui qui s'élève entre deux lois dans un litige qui est, d'après l'une d'elles, de la compétence de l'autorité civile et que l'autre réserve à l'autorité religieuse. Il existe, allègue-t-on, entre ces deux autorités de nature différente une telle dissemblance qu'il est impossible que la première se substitue à la seconde pour trancher le litige en question. Et il en est ainsi, parce que ces deux autorités représentent deux principes absolument différents : le *droit et la religion*.

---

1. Note sous arrêt, 29 mai 1905.

Les arrêts justifient l'impossibilité pour le juge français de connaître d'un pareil litige par la raison qu'il est interdit à celui-ci de s'ingérer dans les matières religieuses, cette interdiction étant elle-même la conséquence de la règle de la neutralité de l'État entre les divers cultes. Tout se ramène donc à savoir l'exacte portée de cette séparation des deux autorités ; et l'on remarquera que même en France cette règle n'a pas été considérée toujours comme intangible et infranchissable : il suffit de se rappeler que jusqu'à la fin du siècle dernier nos tribunaux tenaient pour nuls les mariages de moines *catholiques* romains comme contraires au vœu de chasteté prononcé par ceux-ci, et ceux de prêtres, comme contraires à la règle disciplinaire de l'Église qui leur interdisait le mariage. Les arrêts nous représentent la règle de la neutralité sous deux aspects différents. Au fond, ce n'est qu'une règle d'ordre public *interne*, nous dit l'arrêt du 17 mars 1902, en sorte que même en France elle ne peut avoir aucune répercussion sur l'état des étrangers, tout ce qui touche à cet état étant d'ordre public international et absolu, au point de faire écarter en tous pays les lois qui seraient contraires à la loi nationale, par laquelle il est exclusivement régi. Cette règle gouverne uniquement les mariages soumis à la loi française, confirme la Cour Suprême et ne fait pas obstacle à ce que les tribunaux français déduisent d'un mariage religieux contracté entre deux étrangers les conséquences juridiques qu'il implique à leur égard d'après la loi qui régit leur état.

D'autre part, l'arrêt de la Cour de Paris dit que la

règle de la séparation du domaine civil et du domaine religieux s'impose sur le territoire français aux étrangers de toutes les confessions, lorsqu'elle se formule en prescriptions de police, comme la loi qui interdit de célébrer le mariage religieux avant le mariage civil, ou lorsqu'elle détermine la forme des actes, toujours régie par la loi du pays où ils sont passés. A ce point de vue, la règle de neutralité entre les divers cultes est donc d'ordre public international.

Elle garde encore ce caractère quand elle défend aux juges français de s'ingérer dans les matières religieuses, même lorsque le litige ne concerne que des étrangers (1).

Voici donc une règle en quelque *sorte à* double tranchant et qui se retourne toujours contre l'étranger. Comme règle d'ordre public *interne,* elle fera que la loi nationale de celui-ci écartera en tous pays les lois territoriales, et ce sera très généralement pour entraver la liberté de cet étranger. Comme règle d'ordre public *international,* elle mettra ce même étranger dans l'impossibilité de porter devant les tribunaux français certains litiges intéressant son état, et personne ne soutiendra que ce soit pour lui un avantage.

On connaît les conséquences pratiques de ce système. On permettra aux étrangers de se marier civilement en France, bien que cet acte opère un changement profond dans leur état et l'on ne se souciera guère, à cette occasion, de savoir si l'union ainsi contractée sera ou non reconnue dans leurpays. Mais, quand ces étrangers

1. Paris, 21 juin 1910, aff. Frenkel.

se présenteront devant le tribunal civil français pour lui demander de prononcer soit la nullité, soit la dissolution de ce mariage, on leur opposera une fin de non-recevoir absolue. Et on leur dira entre autres choses ceci : « il importe peu que le mariage ait été célébré devant un officier de l'état civil français : en soumettant leur union aux formes instituées par la loi française, les époux n'ont pu soustraire les conditions *de son existence et de sa rupture* à l'empire de leur statut personnel ».

On a même vu, dans une affaire retentissante, que le droit au divorce civil a été refusé à des époux autrichiens israélites qui avaient contracté en France un mariage civil *non suivi de consécration religieuse*. La Cour d'appel de Paris et la Cour Suprême n'en jugèrent pas moins qu'il y avait lieu d'appliquer aux parties leur statut personnel, en vertu duquel les époux étaient soumis, pour leur divorce, à la loi rabbinique (aff. Mosticzker).

Telle est, suivant l'expression de M. Pillet, l'inégalité *choquante* admise par la jurisprudence ; tel est, dirons-nous, le maquis inextricable qu'on crée nécessairement quand on veut limiter les effets du principe de la séparation du domaine civil et du domaine religieux à ses conséquences négatives.

A l'encontre de cette jurisprudence, M. Bartin soutient que ce principe est, non d'ordre public interne, mais *d'ordre public absolu international*. Voici comme il raisonne : « Si on suppose qu'une loi étrangère ne connaisse

que le mariage religieux, il faudra cependant que ses ressortissants, qui se marient en France, se marient civilement ; leur mariage exclusivement religieux serait insuffisant ; la célébration civile du mariage est obligatoire pour les étrangers comme pour les Français.» La règle est certaine, mais elle n'est évidemment qu'un aspect particulier d'un principe plus général qu'il est facile de formuler : dans l'ordre de la vie civile, les différences de culte ne comptent pas sur le territoire français ; l'État les ignore, qu'il s'agisse d'étrangers ou de Français. En d'autres termes, la neutralité de l'État entre les différents cultes en matière civile *est d'ordre public absolu*. Il serait, d'ailleurs, illogique de limiter l'application du principe à ses conséquences négatives, et il faut décider, par suite, que si les étrangers en question, obligés de se marier civilement en France, s'en tenaient à cette cérémonie, au mépris de leur loi nationale qui impose le mariage religieux, leur mariage serait néanmoins absolument valable au regard de la loi française. Les mêmes considérations doivent être étendues pour les mêmes motifs à la dissolution du mariage (1).

On a essayé d'objecter à M. Bartin que le point de départ de son raisonnement est discutable, à savoir qu'il n'est pas établi du tout que deux étrangers dont la loi nationale admet la pleine validité du mariage religieux doivent se marier civilement en France (2). Nous ne nous arrêterons pas longtemps à cette objection. Il est

---

1. Note sous arrêt du 17 mars 1902, D. 1903.2.49.
2. M. Weil, *le Div. des Israélites russes en France*, P. 1909, p. 4.

vrai que quelques auteurs admettent la validité en France du mariage religieux seul pour les étrangers dont la loi personnelle ne reconnaît que cette forme de mariage (1). Mais comment ne voit-on pas tout le danger d'une pareille admission ? Cela ne conduirait-il pas à instaurer sur le sol français des ministres de cultes étrangers avec des pouvoirs d'officiers de l'état civil, pouvoirs que la loi à enlevés pour tout jamais aux prêtres français ? M. Weil se révolte, d'autre part, à l'idée que des rabbins puissent prononcer des divorces en France, et il dit que c'est là « un renversement contradictoire et une dérogation dangereuse à des principes absolus qui n'en comportent pas. » Ne doit-on pas en dire autant des prêtres, officiers de l'état civil (2).

---

1. *J. C.* 1907. 93. — Voir aussi Ars. Laurent, *de la validité du mariage religieux, non précédé du mariage civil, contracté en France par deux étrangers* (*J. C.*, 1895, p. 268).

2. M. Olivi s'est prononcé dans le même sens, en traitant du conflit qui s'élève entre les lois civiles et les lois confessionnelles qui règlent le mariage. « Il n'y aurait, dit-il, qu'un seul moyen de prévenir tout conflit : un traité international, en vertu duquel l'État qui n'admet que le mariage civil consentirait à reconnaître aux prêtres qui résident sur son territoire la faculté de procéder à la célébration des mariages religieux juridiquement existants quant à la célébration. Alors les prêtres deviendraient de véritables officiers au service d'un État étranger, doués à l'égard des citoyens de cet État de la même compétence dont les officiers séculiers jouissent à l'égard du mariage civil sur le territoire de l'État concédant. Nous le répétons, ce serait le seul moyen possible d'empêcher les conflits. Mais cet accord serait difficile à obtenir. En effet, *l'État qui n'admet que le mariage civil regarderait probablement ce traité comme une violation des principes de liberté politique et religieuse dont s'inspirent ses lois sous ce point de vue, il croirait n'être pas logique en accordant aux étrangers ce qu'il refuse à ses propres citoyens* (Olivi, *du Mar. et du Div. en droit int. pr.*, *Rev. de dr. int.* 1883, p. 236).

Il est difficile d'établir avec netteté la portée juridique d'un principe comme celui de la neutralité de l'État entre les divers cultes, qui touche, à vrai dire, à un ordre d'idées supérieur au domaine propre du droit. La portée de ce principe, comme de toute autre règle d'ordre public, varie, en outre, avec les époques et même avec les milieux sociaux d'une même époque; ce sont des règles essentiellement mouvantes.

La difficulté est d'autant plus grande qu'il s'agit pour nous d'appliquer le principe en question aux rapports entre États de civilisation différente, bien que liés entre eux par l'idée de communauté internationale.

Le but de la nouvelle jurisprudence est de faire respecter dans son intégralité le principe religieux dont s'inspirent certaines législations en matière de mariage et de divorce. Mais quand on constate, d'autre part, que ces législations, quand un conflit analogue s'élève sur leurs territoires, ne tiennent aucun compte du caractère exclusivement civil d'une législation étrangère en ces mêmes matières, on est amené à dire que, d'après le système des juges parisiens, la religion jouit, dans les rapports internationaux, d'une situation toute différente de celle que lui a assignée notre Constitution. Ce résultat est inadmissible tant au point de vue de ses conséquences pratiques que des principes supérieurs qui sont en jeu.

Il ne suffit pas, d'ailleurs, de déclarer, comme le font nos arrêts, qu'il est interdit au juge de s'ingérer dans les matières religieuses : il faut d'abord délimiter la signification de cette formule. Nous ne croyons pas,

pour notre part, que, dans l'hypothèse de la jurisprudence, cette « ingérence » condamnable existe. La démonstration de cette opinion demande quelques développements.

Un principe certain de droit français, c'est la complète indépendance de la religion et du droit : l'une est du domaine de la conscience, l'autre du domaine des tribunaux. Ainsi que le disait M. Delangle dans son rapport au Sénat (1) « la religion — affaire de croyance et non de volonté — a son asile dans le cœur, et la loi ne saurait sans tyrannie se rendre juge des rapports impénétrables de l homme avec Dieu ». Seuls ces « rapports impénétrables » sont de la compétence de l'autorité religieuse. Par contre, tout ce qui a trait à l'existence temporelle des hommes est du domaine exclusif de la loi.

Il n'a pas été facile de départager ainsi le spirituel et le temporel. Une longue et laborieuse évolution a été nécessaire pour amener les peuples civilisés à cette conception supérieure. C'est de cette évolution qu'est résultée la sécularisation du mariage. M. Laurent, qui a écrit les plus belles pages sur le mariage civil, s'exprime comme suit : « Le mariage est un contrat civil, indépendant de toute religion, de toute Église. Je parle du mariage légal. La loi est étrangère aux croyances religieuses ; elle les abandonne au for de la conscience. Chacun est libre de croire qu'il y a un gouvernement

---

1. Rapport sur le projet, devenu sénatus-consulte du 14 juillet 1865, sur l'état des personnes et la naturalisation en Algérie.

providentiel, et que l'action de Dieu se manifeste dans la vie de l'individu comme dans celle de l'humanité... Par contre, il y a des indifférents et des incrédules qui considèrent la religion comme une illusion de la foi, quand elle n'est pas une imposture, et le gouvernement providentiel comme une espèce de superstition. Dans cet état des esprits, *la loi a dû faire abstraction des croyances religieuses. C'est la raison philosophique de la sécularisation du mariage* et de l'ordre civil en général. On a appelé cette grande innovation une révolution, ce n'est pas trop dire. » (1).

Mais cette évolution est loin d'être universelle. La sécularisation complète des lois n'est jusqu'ici que le fait d'un certain nombre de nations ayant à un degré complet, au moins théoriquement, l'amour de la liberté de conscience ; la France est à leur tête. D'autres nations, et elles sont encore nombreuses, se sont arrêtées à des systèmes transactionnels. Le mariage se présente chez elles sous deux aspects qui, bien que distincts, se mélangent fort souvent en des combinaisons diverses. Contrat social exerçant une influence capitale sur la famille et sur la société, il doit ressortir au pouvoir séculier de l'État ; mais il peut apparaître en même temps comme acte religieux, et ce caractère, poussé quelquefois jusqu'à l'idée de sacrement, vient modifier cette première conception et provoque l'intervention plus ou moins active d'un autre pouvoir et d'un autre

---

1. Laurent, *le Dr. civil inter.*, t. IV, n° 191, p. 366-367.

ordre de principes, qui ont aussi leurs exigences (1).

Cette double nature du mariage devait nécessairement devenir la cause de conflits dans les relations internationales, surtout de nos jours où le respect des croyances individuelles et de la personnalité humaine est la base des civilisations.

On a essayé de créer une conception universelle du mariage. M. Warthon a préconisé, sans succès d'ailleurs, la thèse du *mariage chrétien*. Le mariage n'est pas un simple contrat, dit-il, c'est une *institution internationale*, basée sur le christianisme. Les règles caractéristiques et fondamentales de cette institution ne tirent pas leur force de la législation propre aux États considérés individuellement. Elles ont existé avant le droit territorial, partout où le christianisme a été reconnu. Il est vrai que le législateur de chaque État est venu sanctionner un certain nombre de dispositions qui lui sont propres et se rapportent à ce qu'on peut appeler procédure ou forme du mariage (*the processual or formal features of matrimony*), cela dans le but de favoriser la réalisation d'une politique spéciale. Il faut dire, cependant, que ce sont là des particularités restreintes au droit local ; elles ne prolongent généralement pas leurs

---

1. Brocher, *Nouveau traité de dr. int. pr.*, n° 32, p. 119. « Le mariage, disait Pothier, n'étant soumis à la puissance ecclésiastique qu'en tant qu'il est sacrement et n'étant aucunement soumis à cette puissance en tant que contrat civil, les empêchements que l'Église établit, seuls et par eux-mêmes, ne peuvent concerner que le sacrement et ne peuvent seuls et par eux-mêmes donner atteinte au contrat civil (*Contrat de mariage*, 1re partie, chap. III, art. 2, n° 20).

effets hors des frontières de l'État qui les a consacrées.

Cette singulière théorie du juriste américain, préconisée à une époque où le mariage civil tend à devenir une véritable institution internationale, reconnue peu à peu dans le monde entier, était condamnée à l'insuccès. « Il est d'évidence, objecte avec raison M. Laurent, qu'un mariage qui s'appelle chrétien et qui se fonde sur le droit canonique, ne sera jamais établi chez les peuples non chrétiens, qui forment cependant la majorité du genre humain. Pour que le mariage prenne un caractère universel, il faut le dépouiller de tout élément religieux, quand même la religion n'y figurerait qu'en apparence, comme dans le prétendu mariage de Warthon. Il faut laisser là le droit canonique et s'en tenir au droit humain, tel que la Révolution française l'a organisé. C'est au nom du droit naturel qu'elle a sécularisé le mariage et qu'elle en a fait une institution civile ; *voilà une idée universelle de sa nature, qui peut être adoptée dans tous les pays, quelles que soient les croyances religieuses qui les divisent.* Il suffit que la notion de l'État et de la loi se développent pour que le mariage civil devienne possible. Et si ce mariage était partout adopté, le problème de droit international, en ce qui concerne le mariage, serait résolu » (1).

La doctrine du savant belge ouvre d'heureux horizons pour l'avenir, mais ne donne pas de solution quant à présent. C'est ce qu'il reconnaît, d'ailleurs, en disant que : « dans l'état actuel des choses et des mœurs, le

1. Laurent, *loc. cit.*, t. IV, n° 204, p. 393.

conflit, en ce qui concerne la question du mariage, est insoluble ». « Malheureusement, dit-il, les religions ont leur préjugés, ce qui sanctifie et éternise les erreurs quand les religions se prétendent révélées. L'entente et l'harmonie ne seront possibles que lorsque le mariage aura été sécularisé » (1).

Un juriste italien, M. Olivi, a formulé une autre théorie qui, sans solutionner davantage le conflit, l'éclaire du moins d'un jour nouveau. Quand il s'agit de concilier les dispositions législatives différentes, il faut toujours chercher *ce qui est commun* à toutes les deux, il faut retrouver la *source unique*, plus ou moins éloignée de laquelle elles découlent. C'est pourquoi il n'attache pas d'importance à discuter sur la véritable nature du mariage, sur la question de savoir si on doit l'envisager comme une institution religieuse ou comme un simple contrat civil.

Peu importe, dit-il, qu'une loi considère cette institution comme essentiellement religieuse, tandis que l'autre la regarde comme une institution purement juridique, puisque, même d'après la première de ces lois, l'élément religieux produit des effets juridiques. La loi religieuse, étant reconnue par l'État en matière de mariage, *acquiert par là la nature et la physionomie de toute autre loi*, même absolument étrangère à la religion. La loi religieuse est élevée au nombre des autres lois de l'État, elle en forme le droit positif ; elle

---

1. *Loc. cit.*, n° 224, p. 432.

est pourvue de tous les moyens d'exécution qui sont propres au droit positif.

Cette simple coïncidence que la loi civile est aussi la loi religieuse, n'implique *aucune différence substantielle* entre cette même loi et une autre qui, en rejetant tout élément religieux, fonderait le mariage sur un simple contrat civil. Ce contrat, qui a pour base nécessaire le consentement des parties, existera dans tous les cas ; aussi le mariage religieux se forme-t-il par ce moyen et il y a, dans les deux cas, un élément spirituel commun, à savoir la volonté de deux personnes. Cet élément commun, considéré dans sa nature et dans ses buts, permet de construire un type du mariage, supérieur aux dispositions particulières des lois qui les domine (1).

Bref, *le mariage religieux, pour la loi qui le reconnaît, devient le véritable mariage civil de l'État.* On accepte, en ce cas, le mariage du droit positif *sans s'occuper du fait* indifférent que la loi qui le règle est la loi canonique (2).

Il n'y a évidemment aucune raison de limiter l'application de cette idée au mariage seul ; on peut raisonner pareillement toutes les fois qu'une loi confessionnelle d'un pays règle des *intérêts civils,* du moins des intérêts considérés comme tels par une législation en conflit avec cette loi. On obtient ainsi une règle d'une importance essentielle, que l'on peut formuler comme suit. Le droit international est civil et non religieux : il ne

---

1. *Rev. de dr. int. et de lég. comp.*, 1883, p, 211.
2. *Ibid.*, p. 231.

reconnaît qu'un genre de souveraineté, la souveraineté civile. Par suite, en matière de conflit, il importe de maintenir soigneusement la distinction entre la valeur d'un acte juridique au regard du pays d'origine des contractants, pays où les considérations religieuses peuvent peser de tout leur poids et, d'autre part, sa valeur au regard des États tiers qui n'ont pas à en tenir compte. *Lorsqu'un État adopte une loi confessionnelle il lui confère par cette adoption le caractère civil, tout au moins dans les rapports internationaux* (1).

M. Laurent est arrivé à la même conclusion, bien que par d'autres raisons : « La notion même du droit international s'oppose à ce que l'on tienne compte des confessions religieuses; *c'est un droit qui est séculier de son essence,* car il est universel et, partant, il doit faire abstraction des dogmes religieux qui sont particuliers aux croyants ; le droit a pour sujets, non des fidèles, mais des hommes » (2).

A l'aide des idées que nous venons de rappeler, nous pouvons maintenant mesurer la valeur des règles qui se trouvent à la base de notre jurisprudence. Il est interdit au juge français de s'ingérer dans les matières religieuses ; cela est certain, mais n'est pas matière religieuse tout ce qu'il plaît au législateur étranger de qualifier comme telle. La matière religieuse doit être comprise dans le sens strict de ce terme. Est matière religieuse tout ce qui touche à la foi proprement dite,

---

1. Regnault, *le Mariage, le divorce et la séparation de corps,* P. 1903, p. 23.
2. Laurent, *loc. cit.* t. I, p. 219.

aux « rapports impénétrables de l'homme avec Dieu », comme a dit excellemment M. Delangle. Mais n'est point matière religieuse ce qui est en dehors du domaine purement spirituel. Il ne saurait être question d'ingérence dans les matières religieuses quand un juge français, dont la législation a pour base le principe de la séparation absolue des matières religieuses et des matières civiles, applique une loi dite confessionnelle, mais réglant en fait des intérêts que sa propre loi considère comme étant des intérêts civils.

On peut soutenir que le principe de la neutralité entre les divers cultes lui commande précisément de ne retenir de la loi étrangère que ce qu'elle édicte comme prescriptions de droit positif. Peu importe que cette loi porte l'estampille de la religion ; ce n'est pas une raison, comme l'a dit M. le conseiller Denis, pour que le juge français doive se voiler la face devant elle.

Les étrangers doivent donc, *dans cette mesure,* ne plus se voir objecter le principe d'ordre public français de la séparation des matières religieuses et civiles. On ne peut pas écarter la demande que le plaideur étranger porte devant nos juges, sous prétexte que le rapport de droit qu'elle invoque est réglé, dans la législation étrangère, par un texte de droit canonique dont l'application est réservée à l'autorité religieuse.

La Cour reconnaît que pour les intérêts civils la règle de neutralité de l'État français en matière de cultes, ne fait pas obstacle à ce que nos tribunaux déduisent d'un mariage religieux, célébré entre deux étrangers, les con-

séquences juridiques qu'il implique à leur égard d'après la loi qui régit leur état.

Nous ne voyons pas comment un tel principe étant admis, nos tribunaux peuvent refuser de faire aux étrangers l'application de leur statut personnel, en se préoccupant de savoir tout d'abord si celui-ci est réglé par une loi civile ou une loi confessionnelle, et en déclarant que la première, seule, peut être appliquée par des tribunaux civils, l'autre ne pouvant être suivie que par l'autorité ecclésiastique.

L'arrêt du 17 mars 1902 laisse entendre que s'il est interdit au juge français de se substituer à l'autorité religieuse pour dissoudre l'union qu'elle a formée, c'est parce que celle-ci « ne laisse pas de conserver son caractère religieux, encore que la loi étrangère lui fasse sortir des effets civils ».

Il nous semble, au contraire, évident que cette union ne laisse pas de conserver essentiellement un caractère d'institution temporelle, produisant des effets civils, encore que la loi étrangère confère à une autorité spéciale reconnue par elle comme officielle, le soin de la consacrer, de l'enregistrer, de la contrôler et de la dissoudre.

Autrement on devrait, par analogie, dire que seul un conseil de guerre ou un tribunal maritime peut statuer sur les procès touchant les questions d'état, lorsqu'un officier de l'armée ou de la marine a pu tenir l'emploi d'officier de l'état civil.

Dans le pays où la législation a confié aux prêtres le soin de marier ou de libérer du mariage ses nationaux,

il est certain que ces prêtres agissent par délégation du pouvoir civil, c'est ce qui fait que les mariages célébrés et les divorces prononcés par ces prêtres produisent des résultats réglés par les lois civiles.

Et cela est reconnu sans difficulté par nos tribunaux lorsqu'il s'agit de mariages contractés par des Français à l'étranger par devant l'autorité religieuse, selon la législation locale. Comment les mêmes juges peuvent-ils logiquement se croire aptes à dissoudre le mariage d'un Français célébré à l'étranger par un prêtre et se déclarer incapables de rompre un mariage d'étrangers célébré en France devant un maire, sous prétexte qu'en Russie le divorce de cet étranger devait être prononcé par une officialité spéciale ayant une apparence confessionnelle.

CHAPITRE III

Aperçu de quelques lois confessionnelles relatives au mariage et au divorce

Les prescriptions d'ordre confessionnel tiennent encore une place assez large dans les législations modernes, en ce qui concerne le mariage. A ce point de vue on peut classer les principaux États en quatre groupes.

Le premier groupe est formé par des États dans lesquels le mariage ne peut être célébré qu'en la forme religieuse, par un ministre du culte et à l'église. Le mariage ainsi contracté produit tout ses effets civils. Le ministre du culte étant en même temps officier de l'état civil, l'extrait du registre de paroisse délivré par lui fait foi devant les tribunaux. La nullité du mariage religieux entraine la nullité des effets civils qui en découlent. Ces pays sont : *l'Écosse*, *la Russie*, *la Grèce*, *la Serbie*, *le Monténégro*, *le Pérou*. Il est, d'ailleurs, à remarquer qu'en Écosse, en Grèce et au Pérou les époux sont tenus, dans un très bref délai, de déclarer leur mariage à l'officier de l'état civil qui en tient registre (1).

1 Lehr, *le Mar, le div. et la sép. de corps dans les principaux pays*, 1899, p. 444.

Le deuxième groupe comprend les États dans lesquels la forme normale, mais non exclusive du mariage est la forme religieuse. C'est ainsi qu'en *Espagne, en Autriche, en Norvège* et au *Portugal* le mariage religieux est la forme normale et obligatoire pour ceux qui professent la religion d'État ; mais le mariage civil y est également organisé pour les personnes qui n'appartiennent pas à l'Église nationale. *En Suède* et *en Danemark* le mariage religieux est également la forme normale, et il ne dépend pas de la simple volonté des parties de s'en affranchir, mais le mariage civil y a été autorisé en vue de quelques circonstances exceptionnelles prévues par la loi.

Les pays anglo-saxons, *l'Angleterre et les États-Unis*, forment un troisième groupe ; les parties peuvent, à leur gré, contracter mariage en la forme religieuse ou civile.

Enfin, dans d'autres États, le mariage civil *seul est obligatoire,* seul il est reconnu par la loi et seul il produit des effets civils. Ce groupe est de beaucoup le plus important par le nombre de pays qui en font partie. Généralement, le mariage religieux, qui est facultatif, ne peut, sous diverses pénalités, précéder la célébration civile, tel est le cas des pays suivants : France, Belgique, Allemagne, Hollande, Bavière, Suisse, Roumanie, Argentine, Vénézuéla, Guatémala, Haïti, Hongrie, Brésil, Chili, Mexique, Uruguay. En Italie, la priorité du mariage civil n'est pas établie, mais un projet de loi conçu dans ce sens est à l'étude. En ce qui concerne la Roumanie, la question de savoir si, à côté du mariage civil, le

mariage religieux est obligatoire, est controversée, par suite de la rédaction incertaine de l'article 22 de la Constitution du 30 juin 1866.

Quant au divorce, il est admis dans la plupart des États, et notamment en Allemagne, Autriche-Hongrie, Belgique, Bulgarie, Chili, Danemark, États-Unis, France, Grande-Bretagne, Grèce, Indes Anglaises, Japon, Monténégro, Norvège, Pays-Bas, Roumanie, Russie, Serbie, Suède, Suisse.

Le conflit de lois, qui fait l'objet de ce travail, s'élève surtout entre les États appartenant au premier et au dernier des groupes que nous venons d'indiquer. Aussi croyons-nous pouvoir nous borner à donner un aperçu sur quelques législations confessionnelles propres aux États du premier groupe, et surtout sur la législation russe, qui en est le modèle parfait.

I. — Législation russe

Nous ne nous occuperons pas ici du droit russe *interne*, que les nombreux procès de ces dix dernières années ont fait connaître au public français. Les règles de droit international sont, par contre, beaucoup moins connues ; et il y a grand intérêt à les comparer aux règles adoptées par la jurisprudence française.

Les Codes ne contiennent aucune disposition analogue à celle du paragraphe 3 de l'article 3 du Code civil français, qui pose le principe de la personnalité des lois

régissant l'état et la capacité des personnes. Un arrêt du Département civil de Cassation du Sénat (1881, n° 183) déclare, il est vrai, que la capacité de contracter, qui est « inséparable de la personne », est régie par la loi nationale ; c'est là un droit personnel et non réel, a dit le Sénat. Mais dans l'espèce jugée il s'agissait de sujets russes qui avaient contracté à l'étranger, et le Sénat fit application de leur loi nationale, notamment du droit coutumier de Bessarabie, contrairement au jugement du tribunal d'arrondissement d'Odessa. Il serait peut-être risqué de tirer de cet arrêt un principe général et certain, applicable aux étrangers résidant en Russie. Cependant, M. Lehr n'hésite pas à dire que « le principe en vigueur dans les parties de l'Empire soumises au *Svod* nous paraît être identique à celui qui est inscrit au frontispice du Code Napoléon ; en ce qui concerne son statut personnel, l'étranger peut se prévaloir de sa loi nationale ; pour le reste, il est soumis aux lois russes » (1).

Il ne rentre pas dans notre but d'exposer l'ensemble du droit international privé en Russie ; nous limitons notre exposé à la matière du mariage et du divorce. Or,

---

1. M. Weiss (*Man. de dr. int. pr.* 1914, p. 411) dit de même : « C'est à tort que Foelix et M. Fiore affirment d'une manière absolue que la législation russe est rigoureusement territoriale, et ne fait aucune place à l'application des lois étrangères sur le territoire qu'elle régit. Une sorte d'enquête à laquelle il a été procédé par les soins de l'Institut du droit international a établi qu'en général la capacité personnelle de l'étranger en Russie est déterminée par la loi de la nation à laquelle il appartient. » (Comp. Weiss, *Traité de dr, int. pr.*, 2e éd. 1912, t. III, p. 233). Remarquons que l'enquête dont il est ici question (*Rev. de dr. int.* 1876, p. 401), est antérieure aux faits que nous citons au texte.

il est douteux que, précisément dans cette matière, la règle formulée en des termes aussi absolus par M. Lehr soit applicable. M. Mandelstam, docteur en droit international russe et drogman de l'ambassade russe à Constantinople, qui a consacré un très substantiel article à la question du mariage et du divorce considérés au point de vue du droit international russe, arrive à une conclusion différente, puisqu'il dit que le gouvernement russe applique au mariage des étrangers en Russie le principe de la territorialité des lois (1).

Sa conclusion se confirme pleinement en ce qui concerne, non seulement les conditions de forme, mais aussi les conditions de fond du mariage. C'est que, dans cette matière, l'ordre public international, tel que le conçoit la législation russe, règne en maître absolu. Il suffit d'indiquer que le Code pénal russe, auquel sont assujettis, bien entendu, les étrangers comme les nationaux (art. 170) édicte, dans son chapitre Ier section IX (art. 1551 et suiv.) des peines pour l'inobservation d'une condition quelconque requise pour contracter mariage. C'est ce qui conduit M. Mandelstam à dire que « tant que ce code contiendra ces dispositions draconiennes, les conditions personnelles pour contracter mariage devront être déterminées d'après le droit russe, *même à l'égard des étrangers* (2).

Tel est aussi l'avis de l'administration russe. Lors-

---

1. Mandelstam *du Mar. et du Div. dans les rapports int., au point de vue du droit russe* (*J. C.* 1902, p. 248).
2. *L. c.*, p. 251.

qu'en 1888 la légation de Belgique communiqua au gouvernement russe le texte de la nouvelle loi, qui modifiait la capacité matrimoniale des Belges, en priant d'en informer les autorités religieuses russes pour leur gouverne, le ministre de l'intérieur y donna la réponse suivante : « Le fait d'obtempérer à la demande mentionnée violerait directement l'article 995, volume IX du Code des lois, suivant lequel les étrangers résidant en Russie sont assujettis aux lois russes, tant par rapport à la personne qu'en ce qui concerne leur patrimoine ».

Il ne s'agit pas pour nous de discuter cette interprétation ministérielle, dont M. Mandelstam conteste, d'ailleurs, le bien fondé. Elle n'en a pas moins une importance réelle, quand on songe que dans un pays, comme la Russie, les différents ministères et chancelleries créent une bonne partie du droit, du moins dans notre matière.

On sera moins étonné de constater que la loi territoriale est rigoureusement appliquée en ce qui concerne la forme de célébration du mariage, puisque l'administration peut invoquer la règle *locus regit actum*. C'est encore la législation belge qui a fourni aux ministres russes l'occasion de se prononcer. Il s'agissait de savoir si, en vertu de la loi belge du 20 mai 1882, les agents diplomatiques pourront célébrer en Russie des mariages entre Belges seuls (art. 2) et entre Belges et sujettes russes (art. 3).

Même l'article 2 apparut aux ministres russes comme

une grave atteinte à l'ordre public. « Attribuer cette compétence aux consuls belges, dit le ministre de l'intérieur, équivaudrait à établir sur notre territoire le mariage civil. De pareils mariages consulaires doivent être considérés chez nous comme illégaux et en comporter tous les désavantages. » Le Saint-Synode invoqua l'article 1557 du Code pénal contre les agents diplomatiques belges, mais le ministre de la Justice trouva cela excessif. En définitive, on se borna à attirer l'attention de la légation de Belgique sur les inconvénients qui résulteraient de la permission donnée aux agents belges de célébrer les mariages entre Belges et Russes ; la note passa sous silence la question de mariage entre Belges seuls.

Un autre fait. L'ambassadeur anglais à Saint-Pétersbourg ayant demandé au ministre des affaires étrangères en Russie de lui expliquer pour quel motif les autorités russes refusèrent de considérer comme régulièrement mariée une Anglaise qui a contracté mariage avec un Anglais devant le consul britannique à Odessa, le ministre russe lui a répondu que « les formes de célébration adoptées par la loi russe doivent être observées, d'après le principe *locus regit actum*, par les étrangers résidant en Russie ; la loi russe tient pour nul un mariage contracté en Russie, lorsqu'il n'a pas été célébré devant le ministre du culte compétent ; en effet, l'application du principe *locus regit actum* accepté aujourd'hui universellement comme dérivant de la cou-

tume internationale, paraît être ici d'une nécessité absolue » (1).

Nous verrons plus bas, comment les ministres russes appliquent cette règle universelle quand il s'agit, au contraire, du mariage des Russes à l'étranger. Ajoutons à ce que nous venons de rapporter que M. Pobedonostzev, qui était très connu comme procureur général du Saint-Synode, mais qui était aussi un civiliste éminent, s'est prononcé dans le même sens. Les étrangers résidant en Russie, disait-il, quoique sujets du pays dont la loi a institué le mariage civil, sont tenus, en se mariant, de se conformer à la loi russe qui a établi la célébration religieuse (2).

Passons maintenant au *divorce des étrangers en Russie*. Il n'existe, semble-t-il, aucune jurisprudence en ce qui touche le divorce des étrangers qui avaient contracté un mariage en Russie. Contrairement à la législation française, le Code de procédure civile russe contient un article qui donne aux tribunaux russes compétence générale pour connaître des contestations entre étrangers. C'est l'article 224 ainsi conçu : « Les contestations des étrangers résidant en Russie, soit entre eux, soit avec des sujets russes, sont de la compétence des juridictions russes, conformément aux lois générales sur la compétence ». M. Mandelstam affirme, par suite, que les tribunaux russes sont compétents pour dissoudre

---

1. Journal *Pravo*, 1901, n° 38, p. 1.708.
2. *Cours de droit civil russe*, t. II, p. 58.

les mariages des étrangers. Il ajoute : « L'esprit général de notre jurisprudence nous fait supposer que c'est toujours le droit russe qui sera appliqué dans des procès de ce genre » (1).

On peut, par contre, citer quelques faits se rapportant à des demandes en divorce entre étrangers *dont le mariage avait été contracté à l'étranger*. La question s'est présentée dans deux cas différents. Dans un premier cas (il date de 1881), il s'agissait d'une Prussienne qui avait contracté mariage dans *la seule forme civile*. Elle s'adressa au consistoire évangélique-luthérien pour demander la dissolution de son union. Le consistoire était disposé d'accueillir cette demande, mais l'administration russe s'y opposa avec énergie. Le ministre de l'Intérieur observa que, conformément à la loi russe, le consistoire en question ne peut connaître que des mariages célébrés par le clergé. Son collègue des affaires étrangères formula le principe suivant : « Le mariage civil, contracté à l'étranger sans cérémonie religieuse, ne peut pas, en vertu de nos lois, *être considéré comme une union conjugale légale et obligatoire pour les deux parties*. Il ne peut pas, par conséquent, être dissous, d'après les règles en vigueur en Russie ».

Il serait difficile de concilier cette déclaration ministérielle avec le principe de la personnalité des lois.

En définitive, le ministre de l'intérieur édicta, à cette occasion, une disposition interdisant aux consistoires de dissoudre les mariages civils.

---

1. *Loc. cit.*, p. 490.

Mais voici une autre espèce. Le mariage avait été contracté en Allemagne, dans les formes civiles *et religieuses*. Le mari veut intenter un procès en divorce. Cette fois-ci le ministre de l'Intérieur croit pouvoir solliciter l'autorisation impériale pour que le consistoire puisse dissoudre cette union. Mais son collègue des Affaires étrangères tient bon : « Il serait incompatible avec la dignité de notre pouvoir d'État d'admettre, pour des motifs aussi insignifiants (1) et sans nécessité essentielle, de graves dérogations à la législation en vigueur en Russie. Les mariages civils des étrangers ne sont pas susceptibles de dissolution en Russie. Le divorce prononcé par un tribunal ecclésiastique ne pourrait concerner que la cérémonie religieuse, mais celle-ci n'étant pas un élément essentiel du mariage civil, ce dernier ne pourra être réputé dissous à la suite de la décision du consistoire ».

Le ministre recommanda, en conséquence, aux Allemands désireux d'obtenir un divorce, de retourner dans leur pays et conseilla de rejeter leurs requêtes demandant la dissolution de leur mariage en Russie. A cette opinion adhérèrent les ministres de la Justice et de l'Intérieur et... le Commandant du quartier général impérial (2).

En résumé, pour ce qui concerne le mariage et le divorce des étrangers en Russie : 1° le mariage est régi par la loi russe aussi bien au point de vue de la forme

---

1. Le motif « insignifiant » est qu'en cas de refus les parties seraient dans l'obligation de retourner dans leur pays pour y faire juger leur procès.

2. Mandelstam, *loc. cit.*, p. 481 et s.

de célébration qu'au point de vue des conditions de fond, du moins dans les limites des prescriptions du Code pénal ; 2° le divorce est en fait impossible ; telle est la « jurisprudence » des ministres russes, sauf pour les mariages contractés dans les pays où le mariage est, ou au moins peut être, et a été en fait exclusivement religieux.

Voyons maintenant quelle est la situation des Russes à l'étranger. Commençons par le mariage. La question de la forme de célébration du mariage contracté par les sujets russes à l'étranger, dit à ce sujet M. Mandelstam, constitue un des problèmes les plus compliqués de notre politique législative. Il serait peut-être plus exact de dire « politique administrative », car le législateur russe n'a pas réglé le cas des Russes qui se marient ou divorcent à l'étranger.

Cette politique n'est pas, d'ailleurs, très compliquée : quand il s'agit de Russes résidant à l'étranger, on doit leur appliquer strictement la règle de la personnalité des lois ; leur statut personnel les suit partout, comme s'ils n'avaient jamais quitté le sol de la patrie. Le premier conflit s'éleva après l'introduction en Allemagne du mariage civil (loi du 6 février 1875) ; voici dans quelles conditions. Le prêtre, qui desservait l'église orthodoxe de Wiesbade, se croyait autorisé de marier, non seulement les sujets russes, mais aussi les Russes avec les Allemandes et avant qu'elles n'eussent rempli les formalités du mariage civil (On se rappelle la tempête que souleva dans les ministères russes la prétention de la légation belge d'appliquer en Russie la loi du 20 mai 1882).

Le tribunal de Wiesbade condamna le pope à une amende. Le gouvernement russe fut ainsi amené à étudier la question. Cela se passait en 1879 et 1880.

On lira avec intérêt et profit l'exposé qu'en fait M. Mandelstam. Bornons-nous à dire que le gouvernement allemand n'a pas cru devoir se rallier à la doctrine des ministres russes et que finalement il n'a admis que pour les fonctionnaires diplomatiques se mariant dans les chapelles des ambassades une exception à la loi du 6 février 1875, et qu'il maintint l'obligation du mariage civil précédant la cérémonie religieuse dans tous les autres cas.

En 1889, le Saint-Synode revint à la charge et tenta de nouveau d'obtenir une exception à la loi allemande en faveur des sujets orthodoxes, et il allait jusqu'à demander qu'en cas de refus on interdît aux orthodoxes de se marier en Allemagne, ce contre quoi le ministre de la Justice protesta avec vigueur. En somme, cette seconde tentative échoua comme la première (1).

Un conflit se produisit aussi en Suisse, en 1896. Le Conseil fédéral se vit obligé de rappeler à l'archiprêtre de l'église russe, à Genève, qu'il lui est interdit de célébrer des mariages religieux avant la célébration civile. Le rapport du conseil mentionne, à cette occasion, que la légation de Russie lui avait adressé, le 6 octobre 1876, une note par laquelle elle déclarait qu'un sujet russe était libre de se marier moyennant les deux cérémonies

---

1. Mandelstam, *loc. cit.*, p. 252 et suiv.

(civile et religieuse) et de satisfaire ainsi aux exigences des législations russe et suisse (1).

Enfin, nous empruntons les renseignements suivants à une consultation écrite de l'avocat de l'ambassade russe à Paris, M. Barkowsky. « Lorsque des sujets orthodoxes se marient en France, ils se bornent à la célébration du mariage à l'une des églises orthodoxes dépendant de l'ambassade de Russie (à Paris, Nice, Pau et Biarritz). La question de validité de ces mariages n'a jamais été posée devant les tribunaux russes, ni devant les tribunaux français ; évidemment, l'autorité administrative les considère comme valables (2), attendu qu'on prétend que ces mariages, en conséquence du principe de l'exterritorialité, échappent à l'action de la loi française et sont censés avoir été célébrés sur le territoire soumis à la loi russe ; que les prêtres de ces églises sont nommés par le Saint-Synode de Russie, que les registres de l'état civil constatant ces mariages et tenus dans les églises orthodoxes leur sont délivrés et paraphés par l'autorité compétente russe ; que, par

---

1. *J.-C.*, 1898, p. 221.

2 Voici cependant, un cas intéressant rapporté par M. Mandelstam (p. 260). Un sujet russe, de religion luthérienne, se maria en France *in extremis* avec une Française, d'après les règles de l'Église catholique. L'acte de décès du mari ne portait qu'une indication indirecte quant à la célébration du mariage civil. Le Département des Affaires religieuses des cultes étrangers crut devoir établir au préalable la validité de l'acte, vu que le mariage civil est obligatoire en France pour tout le monde. Mais il se peut que s'il se fut agi d'un mariage orthodoxe, le Département eut mis moins de scrupules.

suite, les actes de l'état civil consignés dans ces registres font foi de leur contenu ».

« Toutes ces considérations, ajoute l'auteur, qui placent les prêtres orthodoxes et les églises orthodoxes établies en France dans une situation exceptionnelle, ne peuvent être invoquées par les ministres ecclésiastiques d'aucune autre confession ».

La personnalité de l'auteur de ces lignes est garante de la véracité absolue de ces faits. Il est donc acquis que les Russes orthodoxes jouissent en France d'un privilège que ni l'Allemagne, ni la Suisse, n'ont cru devoir accorder au Saint-Synode. Nous pensons, d'autre part, qu'en France personne ne songe à interpréter la fiction d'exterritorialité dans le sens de l'autorité administrative russe.

Le Sénat dirigeant s'est expliqué, lui aussi, sur la forme de célébration des mariages russes à l'étranger. Un arrêt de 1899 (n° 39) formule le principe en des termes très explicites ; il a été rendu relativement aux sujets russes luthériens se mariant en Allemagne, mais il a une portée générale, comme en témoigne le passage qui suit: « Lorsque les sujets d'un État contractent mariage dans un autre État, ils doivent observer, non seulement la loi territoriale de l'État où a lieu la célébration du mariage, en vertu de la règle générale de la soumission des actes juridiques aux lois du lieu de leur célébration (*locus regit actum*), mais aussi la loi nationale, surtout en ce qui concerne les droits personnels et les conditions exigées pour contracter mariage (*status persona-*

lis). Parmi ces conditions, l'observation de la règle, suivant laquelle le mariage doit être conforme aux prescriptions de l'Église, l'accomplissement de la cérémonie religieuse du mariage (art. 61, t. X, p. 1 et art. 300 t. XI, Ire partie du Règl. des cultes étr.) est une des conditions essentielles ».

Pour en finir avec la question du mariage, nous devons ajouter que la doctrine russe ne partage pas l'opinion de l'autorité administrative en ce qui concerne l'exterritorialité des églises orthodoxes relevant des ambassades. Elle soutient, au contraire, que les sujets russes orthodoxes, comme ceux de toute autre confession, sont tenus d'observer, en ce qui concerne les formes de célébration, la loi du pays où ils contractent leur union ; que l'exterritorialité ne s'étend pas aux différentes églises orthodoxes existant en France, et qu'elle peut être invoquée, dans les limites admises par le droit international, par les ambassadeurs et ministres et par le personnel des ambassades, mais non par des particuliers dans leur intérêt particulier (1).

Il ne nous reste qu'à examiner la question du *divorce des Russes à l'étranger*. Le seul texte législatif qui se rattache à cette matière semble décider cette question en ce qui concerne les orthodoxes. Un avis du Conseil d'État du 14 juin 1888, sanctionné par l'Empereur et relatif à la compétence judiciaire à l'égard des affaires

---

1. F. Martens, *le Droi int. actuel*, t. II, p. 295. — *Journal Pravo*, 1901, p. 1704 et suiv. (art. du prof. Challande).

matrimoniales *d'époux orthodoxes*, contient notamment les deux prescriptions suivantes : Sont de la compétence exclusive des tribunaux ecclésiastiques :

a) Les affaires relatives à la validité des mariages dans les éparchiers où ceux ci avaient été célébrés, et lorsque *le mariage avait été contracté à l'étranger et que les époux sont de nationalité russe — dans l'éparchie de Saint-Pétersbourg* ;

b) Les affaires relatives à la dissolution des mariages contractés dans l'Empire, de même que des mariages célébrés à l'étranger, si, dans ce dernier cas, les époux sont de nationalité russe — dans les éparchies où les époux ont leur domicile *et lorsque les deux époux ou l'un d'eux résident à l'étranger — dans l'éparchie de Saint-Pétersbourg* (1).

Il semble résulter de ce texte que les *orthodoxes* ne peuvent jamais saisir un tribunal étranger d'une demande en divorce. D'autre part, l'arrêt du Département civil de Cassation du Sénat cité plus haut à propos de la question du mariage des sujets russes luthériens (1899, n° 39), décide que « la validité et la non-validité d'un mariage contracté en Allemagne par un sujet russe de confession évangélique-luthérienne, ainsi que la dissolution d'un tel mariage, sont de la compétence du tribunal ecclésiastique du consistoire évangélique-luthérien ».

Nous ne connaissons aucun texte relatif aux sujets russes d'autres confessions.

---

1. *Recueil des lois*, 23 août 1888, n° 82, art. 760.

M. Mandelstam rapporte des faits plus sûrs en ce qui concerne les conceptions de *l'autorité administrative* sur cette question. Il cite, notamment, un mémoire du ministre de l'intérieur daté du 18 avril 1879 et qui s'occupe *du divorce à l'étranger* des Russes ayant contracté *mariage en Russie*. Abstraction faite de l'argumentation juridique fort discutable, l'opinion du ministre consiste à dire qu'en l'absence à l'étranger des tribunaux religieux russes, auxquels la loi russe attribue dans cette matière compétence exclusive, la question de savoir si les divorces obtenus à l'étranger par les sujets russes, *qui avaient contracté mariage en Russie*, sont valables en Russie, doit être résolue par la négative.

Quid des Russes qui se sont mariés à l'étranger? D'après M. Mandelstam, *il semble que* le gouvernement russe admet que ces unions puissent être dissoutes par des tribunaux étrangers ; les arguments que l'auteur produit à l'appui de son opinion sont rien moins que concluants.

Nous avons terminé l'exposé de ce qu'on peut à peine appeler le système russe du droit international privé dans la matière du mariage et du divorce. L'impression qui s'en dégage est plutôt pénible. Le gouvernement russe ne manifeste aucun souci d'observer des règles un peu précises de conflit des lois plus sûres. Il s'appuie sur des principes tels que *locus regit actum* ou la personnalité des lois, quand ils servent utilement la cause de l'Église orthodoxe ; il les élude plus ou moins maladroitement dans le cas contraire. Ce système, si ç'en est

un, s'accorde mal avec les idées qui tendent de plus en plus à prévaloir dans les relations entre États civilisés. L'attitude des délégués russes aux conférences de La Haye en 1893, en 1894 et en 1900, a été conforme à ce système et a suscité de graves difficultés. Les sujets russes qui s'établissent à l'étranger deviennent des victimes innocentes de cette politique gouvernementale que les meilleurs esprits juridiques en Russie désapprouvent énergiquement. Rien d'étonnant à ce que la jurisprudence qui tend à professer un respect exagéré de cette situation incohérente, commette des dénis de justice permanents.

Nous ne pouvons mieux conclure cet exposé qu'en citant les lignes suivantes de M. Cluzel : « Il semble qu'un État qui exige un tel respect de sa législation sur son territoire, devrait professer, à l'égard des législations étrangères appliquées sur leurs territoires respectifs, une égale différenee. Il n'en est rien cependant, et, en principe, le gouvernement russe exige de tous ses ressortissants qui contractent mariage à l'étranger, l'observation de la forme religieuse. Dans ces conditions il est permis de se demander, en abandonnant cette fois les raisons de droit qui nous ont paru combattre avec tant de force la thèse de la jurisprudence et en se plaçant au seul point de vue d'une juste et légitime réciprocité, s'il n'y a pas, vraiment, quelque excès à accorder un tel respect à une législation étrangère qui affiche un mépris aussi absolu des autres lois ; alors surtout

que nul ne saurait considérer cette législation étrangère comme représentant, dans le droit moderne, le dernier mot du progrès juridique, l'état souhaitable vers lequel devraient tendre tous les efforts des législateurs des autres pays. » (1).

II. — Législation serbe

La loi serbe ne reconnaît que le mariage religieux. « Elle a proscrit, d'une façon générale, le mariage civil, sans tenir compte des convictions religieuses des futurs conjoints. Ils sont obligés de se marier à l'Église alors même qu'ils ne pratiquent aucun culte. Le législateur serbe ne conçoit pas qu'un sujet serbe puisse être sans religion ; au besoin, il le force à en choisir une, ne fût-ce qu'au moment où il désire contracter mariage (2). »

Cette prescription est d'ordre public, de telle sorte que le mariage civil contracté par des sujets serbes en dehors du royaume, n'existerait pas au regard des lois serbes. « La règle *locus regit actum*, dit M. Peritch, professeur à la Faculté de droit de Belgrade, qui gouverne le côté extérieur des actes juridiques dans les relations internationales, règle admise aussi par le Code civil serbe, ne saurait être appliquée ici (3). »

---

1. Cluzel, *le Mariage et le divorce confessionnels des étrangers en France*, (*J. C.*, 1909, p. 35.)
2. J. Peritch, *De la juridiction compétente en Serbie pour connaître des actions en divorce*, etc., (*J. C.*, 1900. 7.742.)
3. *Loc. cit.*, p. 743.

Toutes les contestations relatives au mariage des Serbes orthodoxes — nullité, divorce, séparation de corps — sont du ressort des tribunaux ecclésiastiques. Ils prononcent en principe s'il y a lieu de déclarer la nullité, le divorce ou la séparation ; *s'il y a lieu à une pension alimentaire ou non* et si l'un des conjoints divorcés peut convoler en secondes noces. La procédure à suivre est en général celle du Code de procédure civile (1).

Chose curieuse : pour les contestations de même nature entre sujets catholiques et protestants, la loi du 7 décembre 1861 donne compétence aux *tribunaux civils* qui doivent, selon les circonstances, suivre les prescriptions de l'Église catholique ou protestante.

Les Serbes ne peuvent pas divorcer à l'étranger. En effet, le ministre des Affaires étrangères du royaume de Serbie a fait savoir, en réponse à une demande qui lui avait été adressée à ce sujet, que les tribunaux serbes ne pouvaient pas reconnaître aux juges étrangers la compétence d'être saisis d'actions en divorce intentées par des ressortissants serbes, ni par conséquent déclarer exécutoires les jugements de divorce rendus en Suisse (2).

Quid de la dissolution du mariage des *étrangers en Serbie?* La loi ne l'a pas prévu. Mais cette question a

---

1. Pavlovitch, *De la cond. jurid. des étr. en Serbie* (*J. C.*, 1889, p. 1 et suiv.).
2. *J. C.*, 1887. 254.

été tranchée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation de Belgrade, dans lesquels celle-ci a admis le principe de la compétence *des tribunaux civils* pour connaître des actions en divorce ou en nullité de mariages introduites par des sujets étrangers appartenant à l'Église catholique ou protestante et dont le mariage a été célébré dans la forme religieuse.

La Cour de cassation n'avait pas encore l'occasion de s'expliquer sur le cas où il s'agirait de dissoudre, sur la demande d'époux étrangers, des mariages, non pas religieux, mais *civils*. M. Peritch estime que la Cour se prononcerait dans le sens de la compétence des tribunaux serbes en cette matière.

III. — Législation grecque

Les lois grecques laissent aux ministres des cultes le soin de procéder valablement aux mariages. Les mariages sont contractés, dans le royaume de Grèce, selon les règles de la communion à laquelle appartiennent les futurs époux ; s'ils professent des croyances différentes, la bénédiction nuptiale leur est donnée par l'Eglise orientale, à condition que les enfants soient élevés dans la religion orthodoxe.

Tout prêtre, avant de célébrer un mariage, doit exiger une autorisation écrite de l'archevêque ou, à son défaut, un permis de la commission des trois prêtres qui le remplace; faute de cette autorisation, le mariage serait nul.

La loi civile ne reconnaît pas formellement les

mariages mixtes, mais l'Église orthodoxe consentant, cependant, à les célébrer, ils sont réputés valables.

L'état civil laïque avait été introduit en Grèce par une loi du 29 octobre 1856, mais cette législation, manifestement contraire aux convictions religieuses du peuple, était d'une application impossible et, sans être abrogée, la loi de 1856 n'est pas appliquée (1).

Les mariages ne devant pas être nécessairement célébrés dans une église, rien n'empêche les sujets grecs de se marier dans les consulats de leur pays à l'étranger, s'ils peuvent se procurer le concours d'un prêtre orthodoxe. Dans ce cas, le rôle du consulat se borne à recevoir la déclaration du mariage et à en dresser l'acte (2).

D'après l'article 4, alinéa 3 de la loi du 15 octobre 1861, les mariages entre Hellènes et étrangers sont régis par la loi du lieu de la célébration, sous la seule condition que la consécration religieuse, essentielle pour toute personne appartenant au rite grec, ne soit pas laissée de côté.

Les demandes en divorce sont portées en première instance devant le tribunal d'arrondissement (*protodixion*) et en appel devant la Cour royale (*epethion*) (3).

D'après un arrêt de la Cour d'appel d'Athènes (1897, n° 957), les tribunaux étrangers sont incompétents pour prononcer le divorce entre Hellènes, même domiciliés à

---

1. Baron Guillaume, *le Mariage en dr. int. pr. et la convention de La Haye*, p. 429 et 430.
2. Lehr, *loc. cit.*, p. 266.
3. *J. C.*, 1898.962.

l'étranger ; leur décision ne dissout pas le mariage et ne produit pas l'exception de la chose jugée (1).

1. M. Typaldo-Bassia, professeur à l'Université d'Athènes, remarque que, malgré la règle *locus regit actum*, qui régit les formalités exigées pour contracter le mariage, la cérémonie religieuse est considérée comme une condition indispensable à la validité du mariage à l'étranger, et non comme une simple formalité (*Bulletin de la Soc. de lég. comp.*, 1896, p. 164).

CHAPITRE IV

Observations sur le divorce des Israélites russes

Nous avons dit que toute la théorie de la nouvelle jurisprudence a été basée sur les faits particuliers de l'affaire Levinçon et notamment sur le fait qu'il s'agissait de deux *Israélites russes* dont il y avait à appliquer le statut personnel.

Ce qui prouve bien que la théorie de la Cour de Paris s'est formée sous l'impression directe du statut personnel des Israélites russes, c'est la place démesurée que l'arrêt du 17 mars 1902 donne à l'exposé et à la discussion de ce statut. Il n'y avait, à vrai dire, aucune nécessité de discuter tout au long les particularités du divorce mosaïque ou talmudique après que l'arrêt eut établi, en principe, qu'il était impossible au juge français de statuer à la place de l'autorité religieuse, seule compétente d'après la loi russe. Il semble, dès lors, que la demande de M^me^ Levinçon devait être déclarée non-recevable, le divorce des Israélites russes fût-il toute autre chose que la répudiation. Mais la Cour éprouvait le besoin de justifier son innovation, dont les motifs

étaient tirés moins des principes généraux que des particularités même de l'affaire.

Nous avons tenu, malgré cela, à discuter la théorie de principe qui, en apparence du moins, a fourni ses arguments à la nouvelle jurisprudence. L'inexactitude de cette théorie suffit à faire rejeter la solution qu'elle a inspirée. Les motifs d'espèce, qu'il s'agisse d'Israélites russes ou de Russes orthodoxes, nous intéressent dès lors dans une moindre mesure. Nous ne pouvons cependant pas nous dispenser de faire quelques observations sur le divorce des Israélites russes, parce qu'il a été le plus discuté et qu'en fait la nouvelle jurisprudence se retourne surtout contre eux.

Le problème, qui se posait devant la Cour de Paris, n'était pas des plus simples. Il s'agissait de définir le statut personnel des Russes de race juive pour l'appliquer aux parties, car l'action portée devant les juges français concernant une demande en divorce était essentiellement une question d'état. Naturellement, les juges consultèrent le Code civil russe. Mais ils n'y trouvèrent rien, du moins en ce qui concerne le divorce *des Israélites*. Ils cherchèrent alors un point d'appui dans l'article 90 rédigé ainsi : « Chaque peuple et race (1), sans excepter les païens, a le droit de contracter mariage conformément aux prescriptions de sa loi ou de ses

1. On a traduit quelquefois ces mots par *peuplades et tribus*, ce qui est une traduction défectueuse. Cet article vise *tous les peuples* non-chrétiens qu'il est impossible de désigner par le nom de *peuplades et tribus*.

coutumes et sans que les autorités civiles ou les pouvoirs ecclésiastiques chrétiens aient à y intervenir en quoi que ce soit. »

Les juges conclurent qu'ils avaient le devoir de consulter la loi religieuse juive, à laquelle cet article les renvoyait implicitement. Il est vrai qu'il ne s'agit dans ce texte que du mariage, mais la Cour estima que, *dans le silence de la loi russe* (v. arrêt du 17 mars 1902), il y avait lieu de consulter, pour le divorce également, la loi juive. Voici donc un renvoi à deux degrés : à la loi russe d'abord, à la loi mosaïque ensuite. La Cour ne recula pas devant cette complication.

Ici se place une première observation. Que signifie ce silence de la loi russe en ce qui concerne le divorce des « peuples et races » n'appartenant pas à la chrétienté? On est fondé à poser cette question quand on songe que dans tout État policé le divorce, qui intéresse au premier chef l'ordre public, est minutieusement réglé par le législateur, au point de vue des conditions de fond et de forme. Comment se justifie donc le silence de la loi relativement à une question qui intéresse des millions de sujets de l'Empire des Tsars?

On ne sera pas tenté, certes, d'y voir un excès de tolérance à l'égard des ressortissants des religions non-chrétiennes. On sait quelle situation est faite en Russie aux hétérodoxes et tout spécialement aux Juifs. Les lois d'exception édictées contre ces derniers forment, à elles seules, un code plus volumineux que tous les codes de Napoléon pris ensemble. Et c'est précisément dans notre matière que la loi russe est si laconique...

C'est qu'il s'agit dans l'article 90 de populations dont le culte, voire l'existence, sont à peine tolérés sur le territoire de la Sainte Russie. Contrairement aux orthodoxes, aux catholiques et aux protestants, les Israélites — pour ne parler que d'eux — n'ont pas d'organisation religieuse proprement dite. La législation russe est encore dominée par la crainte atavique d'un danger de domination juive. La légende absurde du « Kahal », cette prétendue organisation occulte et universelle du judaïsme, exerce toujours là-bas son influence sur la politique à l'égard des Juifs. Autoriser une organisation religieuse juive, semblable à celle qui est accordée à toutes les confessions chrétiennes, équivaudrait, dans l'esprit des hommes d'État russes, à donner un appoint à ce terrible ennemi qui n'aspire qu'à la destruction de l'ordre social de la Russie...

Rien d'étonnant, dans ces conditions, à ce que le culte israélite ne soit pas organisé en Russie comme le sont les autres. Aucune hiérarchie ecclésiastique n'est reconnue. Aucune cohésion entre les différentes institutions religieuses n'est autorisée. Tout au plus, les autorités gouvernementales convoquent-elles parfois des conférences rabbiniques pour en obtenir des décisions dans un cas déterminé. Quant à la commission rabbinique qui fonctionne auprès du ministère de l'Intérieur et dont on a invoqué quelquefois l'existence devant les tribunaux français, il serait absolument erroné de se la représenter comme le consistoire central israélite, ou comme une espèce de synode juif; les quelques rabbins qui en font partie, y ont seulement voix consultative et

les affaires de cette commission sont dirigées en fait par des fonctionnaires orthodoxes du ministère.

On s'imagine, peut-être, qu'il existe en Russie des *tribunaux rabbiniques*, à l'instar des consistoires orthodoxes, catholiques ou protestants, tribunaux investis de quelque autorité juridictionnelle, compétente pour statuer sur certains litiges. Nos arrêts invoquent sans cesse l'autorité rabbinique à laquelle la loi russe confie la connaissance du divorce. Nous verrons dans un instant à quoi se réduit cette autorité. Constatons d'abord qu'il n'existe point de *juridictions rabbiniques* dans le sens propre du mot.

Cela est, d'ailleurs, dans la logique du système tout entier. Pour qu'il existât des tribunaux religieux israélites, il aurait fallu créer des institutions adéquates qui formeraient des juges ecclésiastiques; il aurait fallu, comme c'est le cas des confessions chrétiennes, instituer un grand nombre de ces tribunaux partout où il existe une population juive; il aurait fallu, en d'autres termes, tolérer l'existence d'une organisation générale du culte israélite. Or, nous le répétons, le législateur russe a tout fait pour étouffer, au contraire, toute velléité d'organisation de ce genre.

Il n'existe donc pas de tribunaux rabbiniques en Russie. Qu'est alors cette autorité religieuse ? Qui sont donc ces rabbins dont il est question dans la jurisprudence française? Eh bien! d'aucuns seront étonnés d'apprendre que les rabbins dont parlent les articles 1322 et autres du Code relatif à l'organisation des cultes

hétérodoxes et invoqués dans plusieurs jugements français, *n'ont de rabbins que le nom.*

Il existe en Russie des rabbins dans le sens exact du mot. Ce sont des hommes versés dans la science religieuse juive, le Talmud notamment, qui consacrent généralement toute leur vie à ce genre d'études qu'ils poursuivent le plus souvent dans des écoles talmudiques d'un type spécial, non reconnues par les autorités, appelées « Ieschibot ». Ce sont les seuls ecclésiastiques juifs, plutôt les seuls chefs religieux auxquels la partie croyante de la population juive fait confiance et auxquels elle a recours dans certaines circonstances de la vie.

Mais précisément le gouvernement russe ne les reconnaît pas, c'est tout juste s'il supporte leur existence qu'il n'ignore pas. Il se méfie d'eux, il les tient en suspicion : comment, dès lors, leur confèrerait-il quelque autorité officielle ? Il a imaginé autre chose : pour représenter les intérêts religieux juifs auprès des autorités, on a institué des fonctionnaires d'un genre spécial qu'on appelle « rabbins d'État ». L'article 1322 susmentionné règle comme suit la nomination de ces fonctionnaires :

« Pour cette fonction sont nommés des Israélites, après une élection publique de leurs coreligionnaires. Ces élections ont lieu tous les trois ans. Peuvent être candidats les personnes ayant fait des études complètes dans une des anciennes écoles rabbiniques ou bien dans des établissements généraux d'instruction supérieure ou secondaire et ayant obtenu, dans une de ces

institutions, un certificat ou diplôme en règle. Le candidat élu est présenté pour ratification aux autorités du gouvernement et, après la ratification, il prête serment suivant les règles et formes établies. Le certificat ou titre de rabbin est délivré par les mêmes autorités gouvernementales qui ont ratifié le rabbin dans ses fonctions. »

Remarquons que les écoles rabbiniques dont il est question dans cet article ne se confondent point avec les « Ieschibots », auxquels nous avons fait allusion ; ce sont des écoles *laïques* créées par le gouvernement en vue de *moderniser* le rabbinat juif ; ces écoles n'ont jamais eu la sympathie de la population croyante, qui ne reconnaissait et ne reconnaît encore aujourd'hui *comme docteurs de la loi juive* que les rabbins d'origine ecclésiastique caractérisés plus haut.

En fait, sont nommés rabbins d'État des Israélites qui ont reçu une instruction générale, parlent bien la langue russe (ce qui n'est pas le cas des rabbins proprement dits) et sont capables de se mettre en contact avec les autorités russes. c'est tout ce que la loi russe, et la population juive elle-même, demandent de ces rabbins *sui generis*. Ce sont très généralement des médecins, des avocats, des dentistes, des pharmaciens, ou d'autres personnes exerçant des professions libérales, qui n'ont jamais étudié la religion juive, qui, dans la grande majorité des cas, l'ignorent d'une manière absolue, qui ne sont ecclésiastiques juifs à aucun point de vue. Ce sont des fonctionnaires d'un genre spécial, et pas autre chose.

L'article 1322 dit de ces rabbins qu'ils sont les gardiens et les interprètes de la loi juive. Cela n'est vrai qu'aux yeux des autorités russes. Quant à la population juive, elle ne les a jamais considérés comme tels, elle s'adresse à eux dans la mesure stricte dans laquelle la loi russe l'y oblige et voilà tout. On a, d'ailleurs, vu que le législateur n'oblige pas les candidats à cette fonction à faire, au préalable, des études religieuses quelconques.

Le véritable rôle de ces fonctionnaires est formulé à l'article 1322, alinéa 3 du Code précité. Il en résulte que les rabbins d'État sont seuls compétents (1) pour accomplir les rites de la circoncision, de la désignation du prénom des nouveaux-nés, du mariage, du divorce, de l'enterrement ; ils tiennent, en outre, les registres de l'état civil, sous le contrôle des autorités compétentes.

On a quelquefois discuté devant les tribunaux français la question de savoir si ces rabbins sont ou non des juges. Le texte que nous venons de citer suffit pour montrer qu'aucun rôle de juges ne leur est confié. Ils assistent aux cérémonies telles que la circoncision, la désignation du nom des nouveaux-nés, le mariage et l'enterrement. Ils tiennent, sous le contrôle des autori-

---

1. Une remarque qui accompagne cet article dit : « Sauf les rabbins et leurs adjoints nommés par le gouvernement, aucune autre personne ne peut procéder aux rites religieux, énumérés dans cet article. Les personnes convaincues d'avoir violé cette règle, seront poursuivies en vertu de l'article 302 du Code pénal. Les mariages et les divorces, qui auront lieu avec l'assistance d'autres personnes que les rabbins ou leurs adjoints, seront reconnus illégaux. » Cette remarque constitue évidemment un avertissement et une menace pour les rabbins ecclésiastiques.

tés compétentes, le registre de l'état civil. La loi suppose qu'ils accomplissent à ces occasions des rites cultuels, mais en fait les Israélites croyants ne se contentent jamais de leur ministère, et toujours ils font appel au véritable rabbin qu'on désigne en Russie, par opposition au rabbin d'État, par le nom de *rabbin spirituel.*

Reste le divorce. Quel est le rôle précis du rabbin d'État dans le divorce des Israélites russes ? Est-il juge, est-il simple témoin de la cérémonie ? Le fait seul que cette question puisse être discutée, alors qu'il s'agit d'une matière aussi importante au point de vue de l'ordre public d'un pays, prouve combien le législateur russe a négligé ce point de droit.

Les juges français ont essayé de définir le divorce des Israélites russes ; nous verrons bientôt comment ils se sont acquittés de cette tâche. Mais le législateur russe, lui, n'a pas pris tant de peine. Vainement a-t-on prétendu que l'ordre public russe n'admet pas la répudiation comme mode de dissolution du mariage juif. Pour le prouver, on a invoqué le mot « jugement » qui figurerait dans le texte de l'article 1328 du Code précité. On peut voir combien cette démonstration est fragile par le fait que le mot du texte russe peut se traduire de différentes manières, en sorte que des juristes du pays ont affirmé que ce mot ne signifie point « jugement », mais « décision ».

La vérité est que le législateur russe ne s'est guère préoccupé de cette question. Tout ce qui lui importe est de faire constater le divorce des Israélites par un fonc-

tionnaire revêtu de sa confiance. Il faut ajouter, du reste, que le fonctionnaire en question, le rabbin d'État, ne paraît pas jouir d'une bien grande confiance du gouvernement, puisque les extraits qu'il délivre de ses registres ne font foi de leur contenu qu'autant qu'ils ont été vérifiés et certifiés par le conseil municipal. En ce qui concerne la question de savoir si ce rabbin laïc est, dans la cérémonie du divorce, juge ou témoin, le législateur russe s'en rapporte évidemment à la loi religieuse juive elle-même. La question reste donc entière, et ce n'est pas dans les textes russes qu'il faut chercher la réponse.

On sait, d'autre part, qu'en Pologne, malgré la célébration confessionnelle du mariage, la connaissance des affaires matrimoniales entre époux israélites est attribuée à la juridiction purement civile. Aux termes de l'article 189 de la loi sur le mariage de 1836, les tribunaux civils sont, dans le royaume de Pologne, seuls compétents pour prononcer la dissolution du mariage entre époux israélites. Elle peut être prononcée pour les causes prévues par leur loi confessionnelle, mais les tribunaux civils statuent dans ces affaires dans les formes ordinaires du Code de procédure civile ; ni l'annulation du mariage, ni la dissolution par le divorce, poursuivies devant ces tribunaux ne comportent l'accomplissement d'aucun rite de nature confessionnelle.

Pourquoi cette différence de traitement ? La loi religieuse des Israélites polonais serait-elle différente de celle de leurs coreligionnaires habitant la Russie proprement dite ; en sorte qu'elle tolérerait l'immixtion du pouvoir civil dans une matière qui, dans les autres pro-

vinces russes, est de la compétence exclusive des « docteurs de la loi ? » Nullement. Dans les deux cas le législateur russe se laissait guider moins par le respect pour les convictions religieuses de ses ressortissants israélites que par ses commodités, sinon par le simple désir de faire régir les Juifs par des lois d'exception.

Lorsque, par suite d'une réaction contre le Code civil Napoléon jusqu'alors en vigueur en Pologne, le titre de ce Code relatif au mariage, fut supprimé et remplacé par la loi de 1836, on songea bien à protéger, conformément aux conceptions du législateur russe, les intérêts religieux de la population chrétienne en Pologne ; quant aux Israélites et à quelques autres hétérodoxes, on maintint pour eux les règles du Code civil français. Nous n'aurions rien à objecter contre ce système s'il était étendu à tous les Israélites de l'Empire russe. Mais telle quelle, c'est encore une mesure d'exception et non autre chose.

Quoi qu'il en soit, on voit que la seule impression que laisse la législation russe au point de vue de notre matière est celle d'incohérence. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'elle nous renvoie à la loi religieuse juive si nous voulons connaître les caractères du divorce des Israélites russes.

La Cour de Paris a accepté ce renvoi, et l'on peut se demander si elle eût dû l'accepter. On conçoit, à la rigueur, que le juge français, quand il statue sur une question d'état intéressant des étrangers, accepte le renvoi à une loi étrangère et qu'il essaie de définir, d'après cette loi, le statut personnel de ces étrangers.

Nous avons admis que cette loi étrangère peut être aussi bien une loi confessionnelle qu'une loi civile, qu'il n'y a aucune différence à faire entre ces deux lois, quand le législateur étranger confère à la seconde les effets de toute autre loi temporelle.

La situation n'est pas la même dans notre cas. La loi russe renvoie aux règles canoniques juives. Que sont ces règles ? Dans quelle mesure le législateur russe les sanctionne-t-il ? Quelles sont leurs dispositions que le juge français doit respecter au point de vue du statut personnel ?

On doit rendre à la Cour de Paris cette justice qu'elle a fait montre d'un grand courage, quand elle n'a pas hésité à aller chercher la définition du divorce israélite dans une législation sur la portée et les termes de laquelle les experts eux-mêmes sont loin d'être d'accord. On a produit devant elle des certificats contradictoires. Cela ne l'a point effrayée, et elle a cru pouvoir conclure que le divorce juif a conservé depuis l'exode d'Égypte, malgré les tempéraments apportés par les coutumes, les caractères d'une répudiation.

Nous nous demandons si la Cour de Paris avait à faire cette recherche difficile et à se charger de commenter une législation aussi hybride, composée d'éléments empruntés à des époques historiques très espacées, dont le dernier essai de codification remonte à plusieurs siècles et répond à peine aux exigences modernes, dont la lecture et la compréhension exactes ne sont accessibles qu'à de rares experts. Avait-elle à faire

une telle étude alors que le législateur russe lui-même n'a pas abordé l'examen et la définition des canons juifs, comme il l'a fait pour quelques autres coutumes religieuses en vigueur sur son territoire ?

Nous ne le pensons pas. La situation des Israélites russes se présente devant le juge français sous le même aspect que celle des Israélites roumains, en ce qui concerne leur statut personnel en général. Ayant à statuer sur une demande en divorce entre Israélites roumains, le tribunal civil de la Seine chercha à connaître le statut personnel des parties. Il s'aperçut alors qu'elles n'en avaient guère. C'est extraordinaire, mais par un artifice qu'on n'arrive pas à bien comprendre, le législateur roumain s'est ingénié à considérer *comme des étrangers* les Israélites roumains, malgré qu'ils payent tous les impôts, *sans excepter l'impôt du sang*. En droit public moderne, c'est là un exemple unique. Le tribunal de la Seine, qui avait à statuer sur un litige d'ordre civil, ne chercha pas à pénétrer le secret du législateur roumain et accepta la situation telle qu'on la lui présenta. Dans ces conditions, il adopta la solution proposée par l'avocat du demandeur, M. Blumenthal, à savoir que le statut roumain n'étant pas applicable aux parties et celles-ci n'ayant pas d'autre nationalité, elles sont forcément régies par la loi talmudique, exactement comme à l'époque où la Roumanie faisait partie intégrante de l'Empire ottoman (1).

Mais cette théorie contestable, bien qu'ingénieuse, fut

1. Trib. Seine, jug. du 10 août 1905 (*Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 181).

abandonnée par le même tribunal quelques années plus tard, à l'occasion d'une demande en nullité de mariage. Cette fois le tribunal décida que le statut personnel roumain n'étant pas applicable aux Israélites de ce pays et la loi talmudique étant, d'autre part, dépourvue du caractère d'une loi ayant une souveraineté territoriale quelconque, il y avait lieu de considérer les Israélites roumains comme étant en fait *heimatlos;* dès lors, le tribunal appliqua aux parties la loi du domicile, en l'espèce la loi française (1).

Cette solution nous semble être plus juridique et plus conforme aux principes généraux du droit international privé. Dans l'impossibilité où il se trouve de connaître le statut personnel des parties, le juge français leur applique la loi du domicile, ce qui vaut assurément mieux que de leur refuser toute justice. Mais nous ne voyons pas en quoi la situation des Israélites russes, du moins en ce qui concerne les conditions de fond et de forme de leur divorce, est différente de celle de leurs coreligionnaires de Roumanie. Le législateur russe a passé sous silence cette question, et l'arrêt du 17 mars 1902 le constate. La Cour de Paris admet, dans ces conditions, que l'article 90 du Code civil russe précité renvoie implicitement à la loi juive pour le divorce aussi bien que pour le mariage. La Cour aurait pu, à la rigueur, accepter ce renvoi si on l'avait mise en présence d'une coutume définie et sanctionnée dans une mesure quelconque par le législateur russe. Il n'en est

1. Trib. Seine, jug. du 14 fév. 1908.

rien et l'incertitude qui en résulte est telle qu'un jurisconsulte russe a pu affirmer que la loi russe ne considère pas le divorce juif comme une répudiation, car, comme telle, elle serait contraire à l'ordre public russe. Si cela était vrai, comment la Cour de Paris pouvait-elle affirmer le contraire, dire que le divorce juif a gardé le caractère d'une répudiation de la femme par le mari, et refuser, pour cette raison, de prononcer le divorce entre Israélites russes résidant en France?

Placés devant cette situation incertaine, les juges français, soucieux, d'autre part, de rendre la justice aux étrangers fixés sur le sol français sans esprit de retour dans leur patrie, aurait pu et dû, nous semble-t-il, traiter les Israélites russes, au point de vue du divorce tout au moins, comme étant en fait *heimatlos* et leur appliquer la loi de leur domicile, la loi française par conséquent. Ils auraient évité ainsi le piège où ils sont tombés, malgré leur grande conscience et leur savoir par suite du défaut de connaissance précise des textes ou des coutumes qu'on invoquait devant eux. Les rabbins d'État russes, fonctionnaires laïcs investis par l'administration russe de la charge d'officiers de l'état civil à l'égard des sujets juifs, n'auraient pas été confondus par eux avec des autorités ecclésiastiques, et l'assistance ou la participation mal délimitée de ces fonctionnaires spéciaux à la déclaration de divorce entre époux de religion israélite, n'aurait pas été prise pour l'accomplissement de formalités rituelles, que des tribunaux civils ne peuvent ordonner, ni contrôler, ni effectuer, ni remplacer.

Ils auraient dû remarquer que dans une vaste partie de l'empire, en Pologne, malgré l'institution des rabbins d'État, les tribunaux civils connaissent du divorce des Juifs, et ils auraient alors pu ne pas se considérer comme moins capables que leurs collègues polonais pour statuer en de tels procès.

Enfin ils auraient dû se demander quel est l'État souverain dont on pouvait reconnaître l'estampille sur ce Talmud devant lequel ils déclaraient n'avoir qu'à se retirer, et ne le trouvant à aucun journal officiel connu, ils auraient dû décider qu'il constituait seulement une doctrine théologique ne liant pas plus les tribunaux à l'égard des Juifs que les décisions du Concile de Trente ne les obligent à l'égard des catholiques.

Ces textes religieux ne peuvent concerner que la conscience, et la justice officielle ne peut obliger personne à s'y conformer.

CONCLUSION

Nous avons, dans ce travail, présenté, l'une à côté de l'autre, la nouvelle et l'ancienne jurisprudence en matière de divorce en France des étrangers, dans le cas particulier où le statut personnel de ceux-ci est régi, sous ce rapport, par des lois confessionnelles. Nous

avons examiné les motifs d'ordre général et les motifs d'espèces, sur lesquels les tribunaux se sont appuyés pour modifier leur ancienne manière de voir. Toute réflexion faite, nos préférences vont à l'ancienne jurisprudence, la nouvelle ne se justifiant ni par les principes universellement consacrés, ni par les nécessités pratiques.

En admettant que le statut personnel, qui régit les étrangers en France, englobe les règles de compétence juridictionnelle et les formes de procédure, cette jurisprudence fait une innovation considérable qu'il est impossible d'approuver. En ce qui concerne spécialement le divorce, l'autorité de la loi étrangère doit être strictement limitée aux deux seules questions : 1° cette loi admet-elle le divorce ; 2° la cause invoquée devant le tribunal est-elle prévue par cette loi et est-elle compatible avec l'ordre public français ? Pour le surplus, et notamment pour les règles de compétence et les formes de procédure, les tribunaux français ne doivent tenir aucun compte des dispositions de la loi étrangère.

Une dérogation à cette règle, qui est du reste d'ordre public, puisqu'elle touche à l'organisation judiciaire, ne s'impose aucunement dans le cas où la loi étrangère qui régit la matière du mariage et notamment le divorce est une loi confessionnelle, dans ce sens qu'elle attache au mariage et à ses suites, ou à quelques-unes d'entre elles, une forme religieuse et, par suite, prévoit des solennités cultuelles et réserve compétence exclusive à l'autorité ecclésiastique pour les litiges que le mariage peut produire. Ce fait est indifférent au point de vue du

juge français, qui ne peut considérer cette loi étrangère, encore qu'elle soit qualifiée de confessionnelle, que comme toute autre loi positive ; il doit faire abstraction des rites cultuels prescrits par cette loi, ces rites n'étant à ses yeux que des formes locales qui ne font pas partie intégrante du statut personnel.

Cette manière de voir s'impose avec plus de force encore lorsqu'on considère les principes suivis, dans une situation analogue, par le législateur étranger qui avait édicté les lois confessionnelles. On constate alors que ce législateur est disposé de ne tenir aucun compte des lois purement civiles qui régissent la matière du divorce dans d'autre pays que le sien, et cela non seulement sur son territoire, mais aussi par delà ses frontières. Considérant comme conditions de fond toutes les formalités relatives au mariage et au divorce qui sont universellement qualifiées de conditions extrinsèques, ce législateur aboutit à un système contradictoire, inadmissible en droit international, qui consiste à exiger, pour le statut personnel de ses nationaux résidant à l'étranger, un respect absolu qu'il est loin d'accorder à la loi étrangère sur son propre territoire.

Nous pensons donc, en définitive, que la jurisprudence doit laisser au domaine de la conscience l'application des coutumes religieuses et qu'elle doit distinguer dans une autorité de caractère confessionnel son côté cultuel de son côté administratif. Et elle reconnaîtra alors que si, pour certains de leurs sujets, quelques États délèguent les fonctions de l'état civil, soit à des ministres d'un culte, soit à des marguilliers choisis par leur core-

ligionnaires et investis par le gouvernement — et c'est là le cas, en Russie, des rabbins d'État qui ne sont aucunement des ecclésiastiques — les contrats et actes passés devant de tels délégués sont, non pas des cérémonies cultuelles, mais bien des contrats et des actes civils, dont les tribunaux ordinaires peuvent connaître en France, aussi bien que si ces rapports de droit s'étaient formés ou devraient se dénouer devant des préposés laïcs.

En se pliant aux exigences du législateur étranger, les tribunaux français aboutissent à des conséquences pratiques choquantes. Nous pensons avec M. Cluzel que « si l'on peut reprocher à la jurisprudence française d'avoir fait bon marché des principes de droit international, logiques, cohérents, fondés sur une analyse attentive et sur des distinctions légitimes, qui paraissent, par suite, s'imposer à la raison et présentaient cette avantage d'être considérés de plus en plus comme des vérités juridiques absolues, admises par un nombre de plus en plus grand de jurisconsultes de tous les États civilisés; si l'on peut ainsi regretter qu'elle ait, dans une certaine mesure, retardé le progrès de la solution rationnelle des conflits de lois, on ne saurait invoquer en sa faveur, du moins dans de trop nombreux cas, les heureux effets pratiques que pourrait entraîner un respect, même excessif, de la législation étrangère (1).

Bien que la nouvelle jurisprudence ait une portée générale, — et nous l'avons considérée surtout à ce

1. Cluzel, *loc. cit.*, p. 36.

point de vue, — son importance pratique réside, quant à présent, dans le fait que, depuis l'arrêt du 17 mars 1902, un grand nombre des étrangers fixés en France se trouvent dans l'impossibilité absolue de porter leurs demandes en divorce devant les tribunaux français.

Il existe une catégorie d'étrangers que la nouvelle jurisprudence atteint tout particulièrement, sans qu'elle l'ait visée expressément, bien entendu. Ce sont les nombreux sujets russes fixés sur le sol français sans esprit de retour. Vainement invoquent-ils le bénéfice de la clause du libre accès du traité franco-russe du 1er avril 1874. Cette clause qui, dans bien des cas précédents, avait suffi pour déterminer les juges français à se déclarer compétents, n'a plus cette force dans le système de la nouvelle jurisprudence. Sur ce point aussi les tribunaux ont innové. La revue de la jurisprudence, antérieure à l'arrêt Levinçon, ne laisse, en effet, aucun doute sur la signification que cette clause avait auparavant aux yeux des juges. En présence de cette clause, ils ne faisaient aucune difficulté pour se reconnaître compétents de juger au fond, avec application de la loi étrangère dans cette matière, des demandes en séparation de corps et en divorce.

Depuis l'arrêt du 17 mars 1902, l'interprétation de la clause du libre accès comporte une restriction qui en rend l'application impossible dans un très grand nombre de cas. M. Bartin a approuvé, sur ce point spécial, la jurisprudence de la Cour de Paris. D'après lui « la clause du libre accès ne confère pas aux Russes directement le droit positif de saisir les tribunaux français

de toutes les contestations qui peuvent s'élever entre eux : elle impliqne seulement à leur profit, pour le cas où les dispositions de leur statut personnel le leur permettraient, en effet, de plaider, la suppression de l'exception d'extranéité... En conséquence, les sujets russes ne peuvent plaider en France, notamment à l'occasion de leurs droits de famille, et même en invoquant cette clause, *qu'autant que le principe de leur action se trouve dans leur statut personnel* » (1).

Tout se réduit donc à la question de savoir ce qu'il faut entendre par « le principe de l'action ». Pour nous, ce principe, c'est-à-dire, dans l'espèce, le droit de demander le divorce ou la séparation de corps, se trouve bien dans la loi russe. Et cela suffit pour que le plaideur russe puisse invoquer la clause de l'article 2 du traité du 1er avril 1874 ; les prescriptions de la loi russe relatives à la compétence judiciaire, la procédure et les formes ne doivent pas rebuter le juge français, qui ne peut sainement raisonner autrement que l'a fait la Cour d'Alger.

M. Pillet paraît se rallier à cette manière de voir ; puisqu'il dit : « Il est certain que, par l'effet du traité (du 1er avril 1874), les sujets russes se trouvent relevés, au point de vue de l'incompétence, de l'infériorité résultant de leur extranéité, *donc ils peuvent se présenter devant les tribunaux français dans les mêmes conditions que les Français eux-mêmes, encore qu'il s'agit d'un procès intéressant leur état* » (2).

---

1. Note sous arrêt du 17 mars 1902.
2. Note sous Cass., 29 mai 1905 (S. 1906.1.161.

En résumé, nous pensons que la clause du libre accès, telle qu'elle est formulée dans le traité franco-russe et dans d'autres conventions diplomatiques similaires, fournit un point d'appui assez solide pour combattre la jurisprudence qui s'est établie dans notre matière. Dans la pensée de ses rédacteurs, cette clause devait, certainement, avoir cette signification large que lui a reconnue l'ancienne jurisprudenee. Autrement, les négociateurs eussent formulé quelque réserve : telle quelle, elle n'en comporte aucune.

L'interprétation contraire a conduit à mettre en falt hors la loi une grande catégorie d'étrangers, du moins en ce qui concerne leur droit au divorce. On a quelquefois mis en relief cette fâcheuse conséquence de la nouvelle jurisprudence, et personne ne l'a fait mieux que le regretté substitut M. Piedelièvre.

« Est-ce possible, a-t-il dit, à notre époque ! Est-ce possible que nous rejetions hors du droit commun cette population considérable, alors que nous lui donnons l'hospitalité ? Ah ! Messieurs, auraient-ils jamais pu supposer cela, ces pauvres misérables (car la plupart sont des malheureux) lorsque, chassés de la Russie par la misère, par la violence, par toutes les causes que vous pouvez soupçonner, désemparés, ballottés par les événements, ne sachant dans quel coin de terre retrouver le calme et le repos de la vie, ils se dirigeaient vers la France, tout naturellement, comme on va vers la lumière, vers la liberté ?... Oh ! certes, ils étaient confiants dans notre hospitalité, mais ils se sont heurtés à la loi impitoyable ».

Nous souscrivons à ces généreuses paroles, avec cette seule réserve qu'il n'y a pas lieu de parler de la loi impitoyable. Aucune disposition de la loi française ne justifie la doctrine adoptée en cette matière par les tribunaux ; le reproche qu'on pourrait adresser au législateur français serait celui d'avoir négligé de donner des précisions dans une matière que d'autres législations ont réglementée soigneusement.

Parmi les arrêts de l'ancienne jurisprudence que nous avons cités au cours de ce travail, il en est un qui peut servir, à nos yeux, de modèle de saine logique et de bonne justice. C'est l'arrêt de la Cour d'Alger du 7 mars 1898. Il reflète si bien nos idées que nous croyons devoir en reproduire ici *in-extenso* toute la partie principale. La voici :

« Attendu qu'aux termes de l'article 2 de la Convention entre la France et l'Espagne du 7 janvier 1862, et l'article 3 du traité diplomatique intervenu entre les mêmes nations le 6 février 1882, ce dernier sanctionné par la loi du 13 mai 1882, les Français en Espagne et les Espagnols en France ont les mêmes droits, à l'exception seulement des droits politiques, et les mêmes privilèges que ceux qui sont accordés aux nationaux et, notamment, le libre accès de tous tribunaux soit comme demandeurs, soit comme défendeurs, qu'en conséquence, les tribunaux français sont compétents pour connaître des contestations qui s'élèvent en France entre Espagnols.

« Attendu que la loi qui doit être appliquée dans le débat actuel est celle du statut personnel des époux Mirallès, c'est-à-dire la loi espagnole, que les parties en cause n'élèvent à cet égard aucune contestation, mais

que le sieur Mirallès *soutient qu'aux termes de cette loi, la séparation de corps portant atteinte aux liens du mariage est essentiellement soumise aux lois religieuses et relève exclusivement des tribunaux ecclésiastiques ;* que dès lors le tribunal de Sidi-Bel-Abbès était incompétent pour connaître du fond du litige et devait renvoyer la cause et les parties *devant le tribunal ecclésiastique espagnol qui a seul qualité pour statuer sur une semblable question* ;

« Attendu que si les époux Mirallès étaient domiciliés en Espagne et si la demande en séparation de corps était portée devant un des tribunaux de ce pays il est certain que la juridiction ecclésiastique serait chargée de prononcer souverainement sur la valeur des griefs reprochés par l'un des conjoints à l'autre et que la juridiction civile n'aurait compétence, avant l'introduction de la demande, que pour désigner le domicile séparé, assurer la garde des enfants, fixer la pension alimentaire et, après la décision rendue par le tribunal religieux, que pour statuer sur les effets civils résultant de ce jugement ; mais que l'action ayant été légalement introduite devant le tribunal de Sidi-Bel-Abbès, la *même procédure ne saurait être suivie en France où il n'existe pas de tribunaux ecclésiastiques chargés de statuer sur les demandes en séparation de corps, et où les tribunaux civils possèdent la plénitude de la juridiction* ;

Attendu, en effet, que les étrangers, admis à plaider entre eux en France doivent porter leur action devant le tribunal compétent pour connaître entre Français d'une action semblable et se conformer, en ce qui con-

cerne les règles de procédure à suivre, aux prescriptions du Code de procédure civile français ; qu'autrement le droit reconnu aux étrangers par certains traités diplomatiques de soumettre aux tribunaux français les contestations qu'ils ont ensemble *deviendrait absolument illusoire*, que ce principe est du reste proclamé par le traité conclu entre la France et l'Espagne le 6 février 1882, dont l'article 3 décide que *les droits et privilèges concédés aux nationaux des deux puissances ne sont accordés « qu'à la condition de se soumettre aux droits du pays » que cette stipulation s'applique donc, sans aucun doute, aux lois de compétence et de procédure des deux nations contractantes ;*

« Attendu du reste que le mariage contracté le 28 août 1885 dans l'église d'Aspe par les époux Mirallès ne constitue pas, comme le soutient le mari, un acte exclusivement religieux, qu'à côté du sacrement, des suites et conséquences duquel peut seule connaître l'autorité ecclésiastique, il existe un véritable acte de mariage, reçu en la forme religieuse, mais duquel découlent les conséquences civiles attachées à ce contrat ; *que la forme seule d'un acte n'en saurait modifier le caractère, qu'il n'existe donc aucun motif d'ordre moral ou religieux pouvant interdire aux tribunaux français de statuer sur une demande en séparation de corps parce que la forme de célébration du mariage qui a été contracté est différente de celle des actes de l'état civil français ;*

« Attendu que l'exception tirée de ce que le tribunal qui, dans le pays d'origine des parties, aurait statué sur

la demande actuelle ne serait pas de même composition, nature ou caractère que le tribunal français saisi de l'affaire, ne saurait être accueillie ; *que cette situation existe dans toutes les affaires introduites entre étrangers, puisque le tribunal français ne peut être au point de vue de sa composition, de sa nature, des formes employées et des règles suivies, identique au tribunal étranger, au lieu duquel il statue* ; que, dans ces conditions, c'est donc sans droit que le sieur Mirallès prétend que la juridiction française est incompétente pour statuer sur la demande en séparation de corps introduite par sa femme... »

Après les développements qui forment la matière de ce travail, l'arrêt de la cour d'Alger, du 8 mai 1898, nous dispense de commentaires ; il est l'application en jurisprudence des théories que nous avons exposées. Nous opposons cet arrêt en tous points à l'arrêt du 17 mars 1902, qui a créé au droit international privé français une difficulté que l'ancienne jurisprudence ignorait. Il faut donc demander un retour pur et simple à cette ancienne jurisprudence.

Vu :
MARC DESSERTEAUX.

Vu :
L'Administrateur de la Faculté de Droit de l'Université de Dijon,
P. LOUIS-LUCAS.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Dijon,
E. BOIRAC,
Correspondant de l'Institut.

BIBLIOGRAPHIE

Alauzet. — De la qualité de Français, 2e édit., 1851.

Allègre. — Études de législation canonique et civile comparée, P. 1893.

Anthoine de Saint-Joseph. — Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon, P. 1856, 4 vol.

Asser et *Rivier.* — Éléments de dr. int. pr., 1884.

Audinet. — Droit int. pr., 2e éd., 1906.

Bartin. — Note sous l'arrêt du 17 mars 1902, D. 1903.2.49.

— Études de dr. int. pr., 1899.

— Effets internationaux des jugements, 1907.

Bernard. — De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, etc., P. 1902.

Brocher. — Cours de dr. int. pr., 3 vol., 1882-1885.

Buzzati. — Conventions de La Haye, 1911.

Carpentier. — Divorce et séparation de corps, doctrine et jurisprudence, 1899, 2 vol.

Centner. — Le Div. et la sép. de corps en dr. int. pr., P. 1893.

Cluzel. — Le Mar. et le div. confessionnels des étrangers en France, (J. C. 1909, p. 1 et suiv.).

Demangeat. — Histoire de la condition civile des étrangers en France, 1844.

Despagnet. — Précis de dr. int. pr., 1909.

Esperson. — De la comp. des trib. concernant les questions d'état etc. (R. D. I., 1895, p. 173).

Feraud-Géraud. — De la compétence des trib. français pour

connaître des contestations entre étr. (J. C., 1880, p. 137).

Flaischlen. — Le div. à la Conférence de La Haye, (R. D. I., 1895, p. 254).

Foelix et *Demangeat.* — Traité de dr. int. pr., 4e éd.

Gentet. — Étude sur les questions d'état et de capacité, Genève, 1883.

Gerbaut. — De la compétence des trib. fr. à l'égard des étr. en matière civile et comm., 1883.

Glasson. — Le mar. civ. et le div., P. 1880. — Mémoire sur la condition civ. des étr. en France, P. 1904.

Guillaume (*Baron*). — Le mar. en dr. int. pr. et la Conférence de La Haye, 1894.

Kebedgy. — Du mar. des Juifs (J. C. 1908, p. 743).

Lachau. — De la comp. des trib. à l'égard des étr., 1893.

Laurent. — Dr. civ. int., 1880-1882.

Laurent (*A.*). — De la validité du mar. canon. contracté en France par des étr., 1895.

Lehr. — Le Mar., le div. et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés, 1899.

Lescœur. — La Condition légale des étr. en France.

Lyon-Caen. — Étude sur le div. en Autriche (Bull. soc. lég. comp., 1882, p. 72).

— De l'influence de la religion des époux sur les causes du div. en Autriche (J. C., 1880, p. 269).

Mandelstamm. — Du mar. et du div. dans les rapports intern. au point de vue du droit russe (J. C., 1902, p. 243 et 463).

Naquet. — Du mar. et du div. des Juifs étr. en France (J. C., 1908, p. 739).

Olivi. — Du mar. et du div. en dr. int. pr., (R. D. J., 1883, p. 230 et suiv).

Peritch. — De la jurid. comp. en Serbie pour connaître des act. en divorce, etc. (J. C. 1900, p. 792).

Pic. — Mar. et div. en dr. int. pr. et lég. comparée, p. 1885.

Pillet. — Note sous Cass., 29 mai 1905, S. 1906. 1. 406.

Regnault. — Le Mar. et la sép. de corps et le div., 1903.

Renault (*Louis*). — Les Conv. de La Haye, 1903.
Rolin. — Principes de dr. int. pr., 3 vol., 1897.
Salis et *Picot*. — Div. des étr. en Suisse, Bâle, 1888.
Stocquart. — Des lois esp. sur le mar. et de leur effet extra-terr. social (R. D. J., 1891, 133).
Surville et *Arthuys*. — Cours élém. de dr. int. pr., 1910.
Travers. — La conv. de La Haye relative au div. et la sép. de corps, 1909.
Vincent. — Les Étr. devant les trib. fr., P. 1888.
Vincent et *Penaud*. — Dict. de dr. int. pr., 1887-1888.
Vraye et *Gode*. — Du div. et de la sép. de corps, 2e éd., 1887, 2 vol.
Weil. — Le div. des Israélites russes en France (R. D. I. P., 1908, p. 761).
Weiss. — Traité théorique et pratique de dr. int. pr. éd. 1907-1912.
— Manuel de dr. int. pr., 1909.

OUVRAGES EN LANGUE RUSSE

1° Recueil complet des lois.
2° Cours de dr. civ. russe, par Pobedonostzev.
3° Manuel de dr. civ. russe, par Cherchenevitch.
4° Le Divorce, ses causes et ses conséquences, par Grigorovsky.
5° Le Mariage et la résidence séparée, par Bychovsky.
6° Revue de droit *Pravo*.

PÉRIODIQUES

Dalloz. — Jurisprudence générale.
Sirey. — Recueil général, etc.
Journal de dr. int. pr.
Revue de dr. int. pr.
Revue de dr. int.

Revue pratique de dr. int.
Pandectes françaises.
Revue critique de lég. et de jurisp.
Gazette des tribunaux.
Le Droit.
Journal du Palais.
Gazette du Palais.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

PRÉFACE 5

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — Le Système de droit international privé qui régit le divorce des étrangers en France, en général 11

I. — Législation 11

II. — Doctrine 15

III. — Jurisprudence 21

§ 1. — Exceptions applicables à tous les étrangers en général 22

§ 2. — Exceptions résultant des conventions diplomatiques 29

§ 3. — Étrangers soumis à des lois confessionnelles. 38

CHAPITRE II. — La Nouvelle jurisprudence en matière de divorce des étrangers soumis à des lois confessionnelles 49

I. — Application de la nouvelle jurisprudence aux Israélites russes 51

II. — Autres applications de la nouvelle jurisprudence 59

a) Russes de religion orthodoxe 59

b) Israélites ottomans 62

c) Grecs 63

d) Israélites autrichiens 64

III. — Répercussion de la nouvelle jurisprudence sur les demandes en nullité de mariage..... 68
IV. — Résumé de la nouvelle jurisprudence..... 79

DEUXIÈME PARTIE

Chapitre premier. — Observations préliminaires.... 86
Chapitre II — Critique des principes généraux de la nouvelle jurisprudence..... 101
A) Conflit de juridictions..... 101
B) Distinction entre le fond du droit et la procédure..... 112
C) Application des règles de l'ordre public..... 121
D) Religion et Droit..... 131
Chapitre III. — Aperçu de quelques lois confessionnelles relatives au mariage et au divorce..... 149
I. — Législation russe..... 151
II. — Législation serbe..... 167
III. — Législation grecque..... 169
Chapitre IV. — Observations sur le divorce des Israélites russes..... 172
Conclusion..... 187
Bibliographie..... 198

Imp. de la Faculté de Méd., Jouve et Cie 15, rue Racine, Paris — 3042-16